

Le Fondement de la Condamnation aux Dépens en matière civile

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

par

Yvette HERMANN

G A P

Imprimerie Louis JEAN, 6, Avenue de Provence

—
1942



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548806_0023

Le Fondement de la Condamnation aux Dépens en matière civile

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

par

Yvette HERMANN

GAP

Imprimerie Louis JEAN, 6, Avenue de Provence

1942



UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. REYNAUD, *, O. I.	Doyen. Professeur d'Economie Politique.
DUMAS, O. I.	Assesseur. Professeur d'Histoire Générale du Droit Français.
BRY, *, O. I., †	Professeur de Droit Romain.
LEBRET, O. I., †	Professeur de Droit Criminel.
AUDINET, *, O. I., † ...	Professeur de Droit Civil.
JAUFFRET, O. I.	Professeur de Droit Commercial.
DURAND, O. I.	Professeur de Droit Administratif.
TROTABAS, O. I., †	Professeur de Droit Constitutionnel.
P. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, O. I.	Professeur de Droit International Public.
KAYSER	Professeur de Droit Civil.
MACQUERON	Professeur sans chaire.
STEFANI, O. A.	Professeur de la Faculté de Droit de Strasbourg. Chargé de cours à la Fa- culté de Droit d'Aix.
CABRILLAC	Professeur de Droit Civil.
MARCY	Agrégé.
REUTER	Agrégé de la Faculté de Droit de Poitiers. Chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
CHARLIER	Agrégé.
BERTRAND	Chargé de Cours.

PROFESSEURS HONORAIRES

MM. AULAGNON, *, O. I.	Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
CREMIEU, *, O. I.	Professeur à la Faculté de Droit d'Aix.
LABORIE-LACOSTE, *, O. I.	Professeur à la Faculté de Droit de Bor- deaux.
PERROUD, *, O. I.	Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
RIPERT, *, O. I.	Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

Secrétaire : M. DELAPORTE, O. I.

*L'Université et la Faculté n'entendent donner ni approbation, ni im-
probation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent
être considérées comme propres à leurs auteurs.*

Bibliographie des ouvrages principaux

I

BIBLIOGRAPHIE DE LA PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE

§ 1

SOURCES

BEAUMANOIR : *Coutumes de Beauvaisis*. Paris, Picard, 1899-1900 ; t. 1, chap. 33, n° 989, 997 ; t. 2, chap. 43, n° 1312, 1337, 1338, 1340.

BEAUTEMPS-BEAUPRES : *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*. Paris, Pedone, 1877-1897, t. 1, 1^{re} partie, p. 362, note 1.

BOUTEILLER : *Somme rural* ou le *Grand Coutumier Général de Pratique civil et canon*. Paris, Barthélemy Macé, 1603.

CICÉRON : « *Pro Roscio* » dans les œuvres complètes traduites par MM. Andrieux, Champollion..., t. 6 des Discours. Paris, Panchoucke, 1830-1837 (36 vol.).

Code Théodosien.

GAIUS : *Institutes*, traduites et commentées par A. Pellat. Paris, Thorrel, 1844, C. 4, § 13, 17, 171, 172, 174, 178, 180.

JUSTINIEN : *Institutes*, traduites par L. Etienne. 2 vol. Aix, Aubin, 1846, 1847. Livre VI, chap. XVI « De poena temere litigantium ».

JUSTINIEN : *Les Nouvelles*, traduites par Moreau de Montalin. Paris, Dondey-Dupré, 1818-1823. *Nouvelle* 82, chap. 20, et *Nouvelle* 112.

JUSTINIEN : *Le Code*, C. VII. 51, 3, 4, 5, 6.

Loi des XII Tables : Texte de Girard.

Loi Ripuaire : Chap. LXXXIX.

Loi Salique : Livre III, chap. 2.

LOYSEL A. : *Institutes Coutumières*, revues par Dupin et Laboulaye. Paris, Durand, 1846, 2 vol. Livre VI, titre III, n° 3. « Des jugements », n° 859 et suivants.

— *Discours sur l'abus des Justices de village*.

— *Dialogue des avocats*.

MARNIER J. : *Le conseil de Pierre de Fontaine ou Traité de l'Ancienne Jurisprudence Française*. Paris, Joubert, 1846, chap. XXI, § 10 et chap. XXII, § 15 et 26.

MARCULFE : *Formules*. Chap. XX, § I. 1.

§ 2

OUVRAGES PRINCIPAUX

ACCARIAS : *Précis de Droit Romain*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1874-1882; t. 2, p. 510 et suiv.

BEAUCHET L. : *De l'organisation judiciaire en France à l'époque franque*. Paris, Rousseau, 1886.

BRY Georges : *Principe de Droit Romain*, 6^e éd. revue et corrigée par Joseph Bry. Paris, Sirey, 1930.

CHÉNON E. : *Histoire du Droit Français Public et Privé*. Société du Recueil Sirey. Paris, 1926, 2^e p., p. 886-887.

CUQ Edouard : *Institutions juridiques des Romains*. Paris, Plon, 1902; t. 2, pp. 877, 880, 881.

DU COUDRAY G. : *Les origines du Parlement de Paris et la Justice aux XIII^e et XIV^e siècles*. Librairie Hachette, Paris, 1902. Chapitre XXX : « Les Frais de Justice », pages 959 à 967.

- ESMEIN : *Cours Élémentaire d'Histoire du Droit Français*, 2^e éd., p. 88, p. 460. Paris, 1912, Librairie du recueil Sirey.
- FONTANON Antoine : *Les édicts et ordonnances des rois de France depuis Louis VI*. Paris, 1611, 3 vol., t. 1, p. 641.
- FOURNIER Paul : *Les officialités au Moyen-Age*. Paris, Plon, 1880. « Les dépens », chap. V.
- FUSTEL DE COULANGES : *Recherche sur quelques problèmes d'histoire*. Paris, Hachette, 1885, p. 493 et suiv.
- GÉRARDIN : *Etude sur la solidarité* (Nouvelle Revue d'Histoire du Droit, 1884), t. 8, p. 255.
- GIRARD F. : *Manuel de Droit Romain*, 8^e éd., 1929, remise à jour par Félix Senn.
- GLASSON E. : *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. Paris, Pichon, 1887; t. 3, pp. 272, 298, 310, 394, 399, 406, 552 et suiv.
— *Le Châtelet de Paris et les abus de sa procédure*. Paris, 1893, pp. 20 et 52.
- GUYOT : *Répertoire, mots dépens et frais*.
- HANOTEAU A. et A. LE TOURNEUX : *La Kabylie et les coutumes kabyles*. 3 vol., Paris, Imprimerie Nationale, 1872-1873, t. 3, p. 395.
- JOBBE-DUVAL : *Etude de l'Histoire de la Procédure chez les Romains*, Paris, A. Rousseau, 1896; t. 1, p. 16 et suiv.
- JOUSSE : *Traité de l'Administration de la Justice*, t. 2, pp. 150 à 186. Debure, 1771.
- KELLER (F. L. de) : *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, traduit par Ch. Capmas. Paris, Thorin, 1870. Chap. « des défenseurs ».
- LOT H. : *Des frais de justice au XIV^e siècle*. Paris, 1873.
- LOYSEAU Ch. : *Livre des justices ecclésiastiques*, dans « Les œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en parlement ». Lyon, Compagnie des libraires, 1701. Chap. XV, n^o 44 et 45.
- LOYSEAU Ch. : *Des seigneuries*, dans « Les œuvres de Maître Charles

VI

Loyseau, avocat en parlement ». Lyon, Compagnie des libraires, 1701. Chap. XII, n° 64 et suiv., chap. XV, n° 56.

LOYSEAU Ch. : *Traité des offices*, dans « Les œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en parlement ». Lyon, Compagnie des libraires, 1701. Livre I, chap. VIII, n° 24 et 25.

LURO : *Le Pays d'Anam*. Paris, E. Leroux, 1878, pp. 232 et 233.

MERLIN : *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*. Remoisenet, 1830. Mot : « dépens ».

MONTESQUIEU : *L'esprit des lois*. Paris, Garnier Fr., 1874. « Des dépens », livre 28, chap. 35.

POTHIER : *Traité de la Procédure Civile*. Paris, Videcoq, 1845-1848, t. 10 des Traités, n° 409 à 413.

ROUSSEAU et LAISNEY : *Dictionnaire de Procédure Civile, mot dépens*.

SACAZE : *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. 3, p. 37.

VARIN Pierre : *Archives administratives et législatives de la ville de Reims*. Paris, 1839, 9 vol., t. 1, 2° p., pp. 729 et 730.

VIOLLET Paul : *Etablissements de St-Louis*. Paris, 1881, t. 1, p. 215.

II

BIBLIOGRAPHIE DE LA SECONDE PARTIE

AUBRY et RAU : *Cours de Droit Civil français*, 5° éd., revue par E. Bartin, t. 6, § 446, p. 362. Paris, Godde, 1920.

BARDE L. : *Traité des obligations*, t. 3, 2° p., n° 2880.

BAUDRY LACANTINERIE : *Traité de Droit Civil*. « Des obligations » avec L. Barde, t. 1 « Des obligations », p. 379 ; t. 4 « Des obligations », pp. 443, 446, 447, 449, 534 et suiv.
Paris, Larose et Tenin, 5° éd., 1908.

- BERLIA Georges : *La portée de la clause des jugements en équité*.
Thèse, Paris, 1937.
- BERRIAT SAINT-PRIX : *Cours de Procédure à la Faculté de Droit de Paris* (voir art. 130), p. 176. Paris, Nève, 1835, 6^e éd..
- BIOCHE : *Dictionnaire de Procédure Civile*, 1867, p. 67, n^o 46, n^o 89.
- BOITARD et G. F. COLMET DAAGE : *Leçons de Procédure Civile*, t. 1, p. 232 et 233, Paris, Cotillon et Compagnie, 1876.
- BONCENNE : *Traité de Procédure Civile*, Paris, Videcoq, 1831, t. 2, p. 534, 544 et 560.
- BONFILS H. : *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile et commerciale*. Paris, A. Rousseau, 1883, p. 496, n^o 877.
- BONFILS et BEAUCHET : *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3^e éd., 1901, n^o 566.
- BOURIGNON J. : *Les frais de justice en matière civile et commerciale*.
— Thèse, Bordeaux, 1902.
- BOUTARIC François (DE) : *Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières civiles année 1743*, t. 1, p. 325.
- BRAAS Ad. : *Précis de Procédure Civile*. Bruxelles, E. Bruylant, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1929, p. 369 et 370.
- CARRÉ G. L. J. : *Les lois de la procédure civile*. Paris, Bechet, 1829, 2^e éd., 1^{re} partie, titre VII, p. 302.
- CHARMONT J. : *La renaissance du droit naturel*. Montpellier, Coulet et fils, 1910, p. 183, note 2.
- CHASTAIGNET Yvonne : *Thèse*, Bordeaux, 1927. « La notion de quasi-délit. »
- CHAUVEAU A. et CARRÉ G. L. J. : *Les lois de la procédure civile*, 6 vol. Paris, Delamotte, 1841-1843, 3^e éd., t. 1, p. 644.
- COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1934, t. 2, p. 253, 254, 255.
- CREMIEU L. : *Précis théorique et pratique de procédure civile*. Paris, Tenin, 1924, p. 340 et 341.
- CUCHE Paul : *Manuel de procédure civile et commerciale*. Paris, A. Fontemoing, 1909, p. 445.

VIII

- CUCHE Paul : *Précis de procédure civile*. Paris, Dalloz, 1939.
- DEMOGUE René : *Traité des obligations en général* (7 vol.), t. III
« Sources des obligations ». Paris, Rousseau et Cie, 1923, p. 359,
n° 224.
- DEMOGUE René : *Les notions fondamentales du droit privé*. Paris,
Rousseau, 1911, p. 20.
- DESSENS André : *Thèse*, Toulouse, 1934. « Essai sur la notion d'équi-
té ».
- DIANA : *Sul Considetto contratto giudiziale*. Petite Bibliothèque du
Monitore dei tribunali. 1901, n° 50, § 4, p. 12.
- DURAND M. : *Thèse*, Paris 1897. « De la condamnation aux dépens
en matière civile ».
- FERRIÈRE : *Dictionnaire de procédure civile*. Mot : « dépens ».
- GARSONNET E. et CÉZAR BRU Ch. : *Précis de procédure civile*. Paris,
Librairie du recueil Sirey, 1909, 6^e éd., pp. 462 et suiv.
- GARSONNET E. et CÉZAR BRU Ch. : *Traité de procédure civile*. Paris,
Librairie du recueil Sirey, 1913 ; t. 3, pp. 519-520, n° 761 et suiv.
- GAUDEMET Eugène : *Théorie générale des obligations*, publié par H.
Desbois et J. Gaudemet. Paris, Sirey, 1937, pp. 20 et 344.
- GIRODON F. : *Thèse*, Paris, 1887. « Des dépens en matière civile ».
- GLASSON, E. MOREL et TISSIER Ch. : *Traité théorique et pratique d'or-
ganisation judiciaire de compétence et de procédure civile*. Paris,
Librairie du recueil Sirey, 1929, 3^e éd., t. 3, p. 125 et suiv.
- GLASSON et COLMET DAAGE : *Précis théorique et pratique de procédure
civile*. Paris. Pichon, 1902, t. 1, pp. 373, 379, 380 et suiv.
- GOUBLET : *Thèse*, Paris, 1904. « La notion de quasi-contrat ».
- HUGUNEX Louis : *Thèse*, Dijon, 1904. « La notion de peine privée ».
- JACOMET Pierre : *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en
Droit Français*. Thèse, Paris, 1905.

JAPIOT René : *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*. Paris, Rousseau, 1929, 2^e éd., p. 383.

JAPIOT René : « Le fondement de la dette des dépens », article paru à la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, p. 523 et suiv.

JOSSERAND L. : *Cours de Droit civil positif français*, éd. 1939, t. 1, p. 379 ; t. 2, pp. 5, 6, 248, 364, n° 1072, 313, 317, 513.

JOSSERAND L. : *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Seconde éd., 1939. Paris, Dalloz.

JOUSSE : *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*. « Des dépens ». Paris, Debure père, 1767, t. 2, pp. 225 et suiv.

LABORDE LACOSTE : *Précis de procédure civile*. Paris, Librairie du recueil Sirey, 1939, pp. 472 et suiv.

LABORDE LACOSTE : *Précis de droit civil*. Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, t. 2, pp. 92, 93, 98 à 110, 137.

LAGRANGE E. : *Thèse*, Paris 1844. « Les obligations légales », p. 2.

LAROMBIÈRE : *Théorie et pratique des obligations*. Paris, A. Durand, 1857, t. 5, p. 734.

MAZEAUD Henri et Léon : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris. Librairie du recueil Sirey, 1938-1939, 3^e éd. ; 1938, t. 1, p. 413 ; 1939, t. 3, p. 601 « Les dépens », n° 2430, 2431, 2432.

MOREL : *Traité de procédure civile* : « Les Frais de Justice ». Chap. 1^{er}, « Les dépens ».

DE PAGE H. : *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*. Paris, Sirey, 1931, p. 19 et suiv.

PHILIP Albert : *Les dépens et les frais d'une instance civile*. Thèse, Aix, 1927.

PLANIOL M. : *Classification des sources des obligations. Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1904, p. 224.

PLANIOL M. : *Traité de Droit Civil*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1921, t. 2, pp. 259, 260 à 266.

PLANIOL M. et RIPERT G. : *Traité Pratique de Droit civil français*.
Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, t. 6,
pp. 7 et 8, 1931, t. 7, pp. 1 et 2.

Répertoire Dalloz : mot « frais », n° 49.

RIPERT G. : La règle morale dans les obligations civiles. Paris, Li-
brairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1935, 3^e éd.

SALLÉ : *L'esprit des ordonnances et des principaux édits et déclara-
tions de Louis XV en matière civile criminelle et bénéficiale*.
Paris, Savoye, 1771, t. 1, p. 381.

VIZIOZ H. : *Thèse*, Bordeaux, 1912. « La notion de quasi-contrat ». *Vocabulaire juridique* : Année 1930, mots : « loi et équité ».

III

OUVRAGES SPECIAUX ET JURISPRUDENCE

Bulletin législatif Dalloz.

Code civil.

Code pénal.

Code de procédure civile.

(Nouveau) *Code de procédure civile annoté*. Griollet et Vergé.

Gazette du Palais. Recueil des arrêts. (G. P.).

Gazette des Tribunaux. Recueil des arrêts.

Journal du Palais.

Recueil périodique et critique de jurisprudence Dalloz (D. P.).

Recueil hebdomadaire et jurisprudence Dalloz (D. H.).

Recueil général des lois et arrêts Sirey (S.).

Revue trimestrielle de Droit civil.

Revue de Législation et de Jurisprudence.

INTRODUCTION

La science de la procédure a-t-on prétendu est une science de formalités. Cette affirmation, encore exacte en partie aujourd'hui, ne l'est pas aussi pleinement qu'il y a un siècle ou deux.

En feuilletant le Code de procédure civile on serait cependant porté à croire que cette branche du Droit est toujours aussi formaliste et complexe que par le passé.

Mais depuis quelques années la Doctrine et la Jurisprudence ont tendance à simplifier la marche des différentes sortes de procédures guidées par l'idée impérieuse d'une justice plus rapide, plus simple et partant moins coûteuse. « Une procédure simple, rapide et peu coûteuse est dans un pays un élément de force, de sécurité, ainsi qu'un facteur de richesses » écrit M. Glasson.

De tout temps une campagne se déroulant à la fois sur un terrain littéraire et juridique et que nous ne pouvons reprendre ici en détail s'est développée dans ce sens. Déjà Loysel contait que le pauvre paysan, devant la complexité et les frais du procès, préférerait abandonner ses brebis ou ses vaches à celui qui les retenait injustement. La Fontaine avec humour écrivait à ce sujet sa fable de « L'huitre et des deux plaideurs ».

C'est pour répondre à ces tendances que des réformes (1) ont été successivement réalisées ou simplement envisagées et qu'une Commission de révision du Code de procédure civile a été instituée par le décret du 23 juillet 1934, ayant pour but de modifier la procédure devant les tribunaux « en vue de simplifier les formes et de réduire les frais ».

Une séance préliminaire a eu lieu le 28 mars 1941. Elle a été consacrée à l'établissement d'une liste de textes dont l'élaboration est suffisamment avancée pour qu'une prochaine publication en soit envisagée.

(1) Entre 1864 et 1868 ainsi qu'en 1894. (Projet du 5 mars 1894).

Parallèlement à cette tendance une seconde évolution apparaît dans cette branche du Droit. C'est celle qui consiste à approfondir, à analyser, à expliquer juridiquement certaines règles qui jusqu'alors avaient été admises plutôt aveuglément par le législateur et par le juge.

Les nouveaux traités de procédure civile ne sont plus des sortes de formulaires à l'aspect aride et austère, à cause même de ces discussions et de ces analyses qui se glissent dans les chapitres des différentes institutions procédurales.

Mais pour éclairer une science il faut l'aide et le secours d'une autre science. C'est ce qui se produit ici. La procédure civile fait appel au droit civil pour éclairer plusieurs de ses questions, de fond. D'un autre côté il est vrai les répercussions que peut entraîner l'application des règles procédurales sur le droit civil ne sont pas une étude vaine. C'est pourquoi écrit justement M. Japiot : « La tendance nouvelle conduit naturellement à une pénétration de la science de la procédure et de la science du droit civil. »

D'ailleurs certains juristes n'avaient-ils pas proposé d'appeler la procédure civile le droit judiciaire civil ?

**

C'est en nous plaçant à ce point de vue que nous avons essayé de rechercher le fondement de la condamnation aux dépens en matière civile.

Ce problème assez complexe à cause même des différentes solutions que l'on peut envisager n'avait été traité qu'incidemment dans les ouvrages antérieurs.

C'est pourquoi nous avons songé à le développer ici d'une façon plus approfondie.

Nous avons recherché tour à tour dans diverses institutions du droit civil s'il était possible de trouver un fondement à l'article 130 du Code de procédure civile aux termes duquel « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». C'est dans le domaine délictuel qu'il nous a paru à propos de nous arrêter et plus spécialement dans le quasi-délit.

Pour arriver ainsi à ce résultat nous sommes parti du terrain purement contractuel. Nous avons ensuite envisagé deux systèmes, dérivés : celui du quasi-contrat et de l'obligation acces-

soire. Avant de pénétrer dans le domaine délictuel il restait à examiner la théorie du risque de M. Japiot ainsi que celle de l'obligation légale et de l'équité.

Pour terminer, le terrain délictuel nous a permis de présenter les deux derniers systèmes : la peine privée en premier lieu, la réparation en second lieu, englobant le délit et le quasi-délit pour lequel nous avons pris parti.

Tout en traitant un sujet de procédure civile nous avons pu faire plusieurs incursions dans le domaine du droit civil et nous attacher en même temps à des questions du plus haut intérêt.

Nous avons également porté notre attention sur l'histoire des frais et des dépens qui par la richesse de la matière pourrait seule constituer un volume.

De cette histoire nous avons pu dégager des principes qui nous ont beaucoup servi dans le cours de notre étude. Nous avons dû ensuite essayer d'expliquer sinon philosophiquement, du moins juridiquement la règle de la condamnation aux dépens : « car la philosophie du droit, a-t-on dit, complète son évolution ; la recherche du fondement et du but des institutions permet d'en mieux comprendre la nature et la portée ».

Ainsi nous avons été conduit à adopter le plan suivant :

I. — Première partie : *Historique de la condamnation aux dépens*.

II. — Seconde partie : *Recherche du fondement de la condamnation aux dépens*.

III. — Conclusion.



Nous ne pouvons commencer l'étude du fondement de la condamnation aux dépens sans préciser ce que comprennent ces dépens.

Comme nous allons le constater au cours de notre historique, les dépens et les frais sont une nécessité sociale. Les rapports de droits entre les hommes ne peuvent rester éternellement stables. Le droit entraîne l'action, l'action en justice fait naître le procès et les frais. C'est au législateur de fixer et de répartir ceux-ci le plus équitablement possible.

L'Assemblée Nationale dans la célèbre nuit du 4 août, l'Assemblée Constituante par son décret des 16 et 24 août 1790, la

Constitution du 4 novembre 1848 dans son article 81 avaient posé en principe la gratuité de la justice.

En réalité, les frais et dépens existèrent toujours plus ou moins considérables jusqu'en 1806 où Napoléon fit reproduire dans le Code d'une façon plus succincte la vieille règle de l'Ordonnance de 1667.

Que comprennent actuellement les frais et les dépens de procédure et comment différencier ces deux expressions ?

Le terme frais de justice est général, il comprend tous les frais sans exception occasionnés par une instance. Les dépens sont des frais plus spécialisés; ils visent simplement les dépenses que le procès à rendues strictement obligatoires pour la partie victorieuse. Ce sont ces seules dépenses que le gagnant aura le droit de réclamer au perdant une fois le jugement rendu.

Le mot dépens dans le langage juridique doit donc être uniquement employé dans les relations de la partie qui gagne son procès avec celle qui succombe. On dit encore que les dépens se composent de tous les frais qui « entrent en taxe » en souvenir de la procédure de 1667 dont on a gardé l'expression et la pratique.

Mais cette terminologie n'est pas toujours rigoureusement respectée. On emploie souvent le mot dépens lui-même pour désigner tous les frais de procédure et quelquefois on emploie réciproquement le mot frais pour désigner les dépens. L'article 130 du Code de procédure civile en prescrivant que « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens » a strictement visé les frais qui, en dernière analyse, restent à la charge de la partie perdante.

D'où proviennent ces frais et dépens ?

Ils consistent principalement en droits fiscaux perçus par l'Etat sur les actes de procédure, les jugements et les pièces produites en justice. Notre procédure est en effet en grande partie écrite, longue et compliquée.

De plus, des frais sont aussi occasionnés par la nécessité du concours des officiers ministériels tels les huissiers et les greffiers; les plaideurs se font représenter par l'avoué et le plus souvent assister de l'avocat. Enfin, pour se rendre compte du nombre considérable de frais qui naissent à la suite du procès il suffit de consulter un état de frais !

Il est permis de s'étonner que les textes du code ne men-

tionnent et ne réglementent pas ces dépens et ces frais. Ainsi, à la suite de l'art. 130 on s'attendrait à trouver un article qui énonce les dépens avec précision indiquant les frais que doit solder le perdant et ceux que doit solder le gagnant.

Or, c'est de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faut tirer cette classification.

Ce n'est pas le moment de discuter ici les raisons qui ont pu faire supporter au gagnant certains frais. Nous retrouverons la question dans le cours de notre développement. Nous signalerons simplement, comme nous l'exposerons par la suite, qu'à notre point de vue il y a, avec l'art. 130, une réparation forfaitaire. Cette réparation ne s'applique strictement qu'aux frais occasionnés par le perdant. Il reste des frais que le gagnant a faits de sa propre initiative mais qui ne résultent pas directement de l'instance et qu'on ne peut pas considérer comme légalement obligatoires. Ces frais, le perdant n'est pas obligé de les rembourser. C'est le gagnant qui a jugé utile de les faire et cela dans son intérêt. A lui de les payer.

Ceci exposé voici la liste des dépens strictement à la charge de la partie perdante.

1°. — Les impôts perçus sur les actes de procédure et sur le jugement.

a) Les droits de timbre prescrits par l'Édit de 1673 (1).

b) Les droits de greffe qui, après bien des vicissitudes, ne subsistent plus d'après la loi du 26 janvier 1892, art. 4 que devant la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et la Cour des Comptes.

c) Les droits d'enregistrement (2).

2°. — Les émoluments des officiers ministériels: c'est-à-dire les émoluments des avoués, huissiers et greffiers.

3°. — Les frais provoqués par les mesures d'instruction ordonnées par le tribunal.

4°. — Le droit de plaidoirie (3): il constitue en quelque

(1) L'importante loi du 26 janv. 1892 en matière de frais a supprimé les droits de timbre sur les actes d'avoué à avoué devant les tribunaux de première instance et d'appel ainsi que sur leurs exploits de signification.

(2) La même réforme que précédemment a été également étendue par la loi du 26 janv. 1892 aux droits d'enregistrement.

(3) Avant la loi du 31 Déc. 1921, comme il était faible, il était abandonné par l'avocat à l'avoué qui avait droit à répétition s'il le remettait à l'avocat. Depuis la loi du 31 Déc. 1921 ce droit de plaidoirie est perçu par l'ordre des avocats et versé à la caisse de Prévoyance en vue de la constitution des retraites.

sorte les honoraires légaux de l'avocat par opposition à ceux qu'ils se font payer par son client.

5°. — Les droits d'enregistrement perçus par le fisc sur les actes produits en justice et qui ont « la cause génératrice de leur perception dans le procès » (1).

6°. — Certains autres frais plus secondaires et qui sont :

a) Les frais occasionnés par un voyage fait dans la seule vue du procès (chaque partie n'ayant droit à faire entrer qu'un seul voyage en taxe).

b) Les frais d'inscription de l'hypothèque judiciaire.

c) Les frais de levée et de signification du jugement (2), le litige une fois terminé.

Et voici maintenant quels sont les frais qui sont exclus des dépens :

1°. — Les honoraires non soumis à la taxe des officiers ministériels; souvent un avoué perd en effet le titre de représentant légal pour devenir mandataire conventionnel « ad litem » en quelque sorte « un negotiorum gestor ». Il dirige lui-même le procès.

2°. — Les honoraires des avocats et les frais de consultations (lorsque la loi ne permet pas de faire entrer ces derniers sans les dépens).

3°. — Les faux frais nombreux et variés : (voyages supplémentaires, frais de séjour au siège du tribunal, levée de plans, etc...).

4. — Les frais des actes de procédure frustatoires, ou nuls, faits par les officiers ministériels.

5°. — Les frais antérieurs à l'instance (3) et, pour certains, les frais postérieurs (4).

6°. — Les frais des actes produits par les parties à l'appui de leurs prétentions (frais d'expédition, de copie, etc...) ainsi que les droits d'enregistrement perçus sur les actes produits en justice qui n'ont eu que « la cause occasionnelle » de leur perception dans le procès.

(1) Nous reviendrons sur cette question dans le cours de nos développements à propos du problème de l'étendue des dépens.

(2) La question est controversée pour ces frais que l'on peut considérer postérieurs à l'instance, mais la jurisprudence se prononce actuellement dans ce sens.

(3) Tels une tentative de conciliation, un procès-verbal de constat, une sommation, un commandement préalables à l'exploit d'ajournement.

(4) Voir ci-dessus la note 3.

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE
DE LA CONDAMNATION
AUX DEPENS

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

LA CONDAMNATION AUX DEPENS

DANS LE DROIT ROMAIN

§ 1

L'ANCIEN DROIT ROMAIN

A cette époque les frais de justice sont presque inexistants. Les formalités résident spécialement dans des formules et des actes oraux qui ne nécessitent aucun frais pour le plaideur. On touche au principe idéal de la gratuité de la justice.

Si cette gratuité est due en partie à l'absence d'écritures il faut aussi chercher sa cause dans le caractère des fonctions judiciaires. Ce sont des fonctions honorables qui doivent en principe être dépourvues de toute rétribution. Le mandataire qui, de nos jours, est la cause d'une portion des dépens rend ses services gratuitement car « le mandat est essentiellement gratuit ». S'il demande la moindre rétribution, l'opération devient un louage ou un pacte.

La loi des XII Tables interdit également au juge (1) de recevoir une rémunération de la part des plaideurs.

Néanmoins, comme de nos jours, les actions en justice sont nombreuses; s'il est impossible de les arrêter par la crainte des dépens alors inexistants, les Romains avec leur esprit pratique songent à la pénalité. Celle-ci se concilie parfaitement avec le genre de procédure particulièrement usitée à cette époque : le *Sacramentum in rem* ou *in personam*.

Le caractère essentiel de la *legis actio sacramenti* est préci-

(1) AULU-GELLE, *Nuits attiques*, 20. 1. 7.

sément de comporter une peine (*poena*) pour le plaideur téméraire qui ne réussit pas à faire devant le juge la preuve de son droit qu'il a affirmé « *in iure* ». Très primitivement et selon Varron (*De ling.* 1. ; V, 180) le *Sacramentum* qui consistait en un certain nombre de têtes de bétail (5 moutons ou 5 bœufs) était déposé publiquement par chaque partie et au début du procès, *ad pontem* (près du pont) c'est-à-dire chez les pontifes (*in sacro*). Les animaux apportés par le perdant étaient destinés à un sacrifice expiatoire à la fin de l'instance. C'est pourquoi, dans son sens primitif, le *sacramentum* désignait bien le serment probatoire plutôt que l'amende comme il le fait par la suite.

Dans une phase plus évoluée de la procédure la loi des XII Tables fixe suivant la nature et l'importance du litige la quotité de l'enjeu, le montant du *sacramentum*. Il varie donc; il est de 50 ou de 500 as selon que l'objet litigieux est inférieur ou supérieur à 1.000 as. Il y a là une sorte de pari; chaque plaideur, au début du procès, s'engage vis-à-vis du magistrat avec des cautions ou garants, « les *praedes sacramenti* », à payer le *sacramentum* s'il est vaincu dans la lutte judiciaire (1). C'est au juge, après avoir examiné le litige, à dire pour lequel des plaideurs le *sacramentum* est « *justum* » (2). A ce moment les *praedes sacramentum* du gagnant sont par là même dégagés. Ceux du perdant à son défaut sont tenus de payer l'amende.

De toute façon le plaideur téméraire, c'est-à-dire le perdant, doit donc abandonner son enjeu afin d'offrir un sacrifice aux Dieux et calmer ainsi leur colère.

Quand le caractère religieux de cette procédure aura peu à peu disparu le *sacramentum* du perdant sera attribué à l'*Aerarium* en tant qu'amende fiscale. Il y a bien réparation d'un préjudice social et cette réparation se traduit par une peine offerte aux Dieux ou au Trésor Royal.

C'est « une satisfaction donnée au sentiment de vengeance du vainqueur qui voit le vaincu subir une perte », écrit M. Jobbé-

(1) GAIUS. IV, 13.

(2) L'usage du *sacramentum* est encore employé dans la principauté balkanique du Monténégro. Au début du procès une somme ou « *globa* » est déposée entre les mains du juge par chaque plaideur. A la fin du procès le gagnant reprend les enjeux, ce qui n'empêche pas le perdant de payer les frais de justice. *Usages du Monténégro*, par G. POPOVIC, interprété par JOBBÉ-DUVAL.

Duval (1). Il ajoute : « La confiscation du *sacramentum* paraît une peine contre le plaideur téméraire qui, en soutenant un procès injuste a mis en péril la paix sociale. L'Etat, ayant déjà acquis quelque force, un élément nouveau vint donner à l'institution sa physionomie définitive. Si on songe quelle semence de discorde un procès peut jeter dans une société facilement troublée, si on réfléchit que selon l'expression très iuste d'Ihering il se transforme quelquefois en une véritable calamité publique, la menace adressée au vaincu semblera toute naturelle.

La Coutume se proposait de prévenir le plus possible de cette façon les contestations judiciaires et la menace produisait un effet d'autant plus énergique qu'il fallait, à l'époque où nous sommes placés, trouver immédiatement de l'argent comptant quand on voulait plaider, et se dessaisir d'une somme qui pendant longtemps fut considérée assez élevée ».

Voilà comment le *sacramentum* arrive indirectement dans l'Ancien Droit Romain à restreindre le nombre des procès par la peine infligée au perdant. Comme nous l'avons vu, lui seul, en effet, vise spécialement cette peine du plaideur téméraire, et l'on peut même noter que certaines procédures sont « sine poena », notamment la « *judicis arbitrive postulatio* » (2). Ici on juge que la perte elle-même du procès constitue un châtiment suffisant.

§ 2

L'ÉPOQUE CLASSIQUE

« *Poena temere litigantium* »

Au seuil de cette période le mandat ordinaire qui n'a d'ailleurs pour objet que des actes qui s'appliquent à un patrimoine est encore gratuit. Or les services professionnels dans lesquels rentrent les services de justice « sont ceux qu'avec plus ou moins d'exactitude les Romains tiennent pour non appréciables en

(1) JOBBÉ-DUVAL, t. I de l'*Histoire de la Procédure*.

(1) GAIUS, IV, 17 a.

argent » (1). En tout cas s'ils veulent être rétribués ils doivent donner lieu à une « *persecutio extraordinem* » devant le magistrat, de même qu'on recourt à une « *cognito extraordinaria* » (2) pour réclamer des aliments ou pour réclamer l'exécution d'un fideicommiss d'hérédité. L'officier de justice n'est donc pas un véritable mandataire et même Accarias va très loin en nous disant que « jamais à propos de semblables services, les jurisconsultes n'ont prononcé le nom de mandat » (3). L'avocat n'est point lié par la simple convention de fournir ses services. Comme le médecin ou le professeur il ne répond que de son dol.

Mais bientôt au cours de l'époque classique les services du mandataire deviennent rémunérés. D'après Accarias la rémunération ne prend pas le nom vulgaire de « *merces* ». C'est « le *salarium* ou *honor* » et la voie ouverte pour le demander n'est pas l'*actio mandati* mais « la *persecutio extraordinem* ». Le mandataire ne peut pas plus s'appauvrir que s'enrichir. Il fournit ses soins, son temps et son intelligence mais il entend ne rien prendre sur son patrimoine. Aussi si l'exécution du mandat lui coûte quelque chose il doit être rémunéré.

Donc, dans certains cas : par exemple, s'il y a déplacement ou mission coûteuse il faudra le remboursement des frais par le plaideur.

Avec le développement économique, l'extension des cités romaines, le développement aussi de la pensée et de la personnalité, l'esprit processif évolue. Des personnages viennent à exploiter les sources des procès pour se créer une carrière en recevant un paiement des plaideurs. Ceux qui avaient la science juridique à Rome étaient souvent des hommes politiques. C'est ce qui explique qu'au début ils rendaient des services au peuple pour recueillir beaucoup de voix, en échange, le jour du vote. Mais devant le grand nombre des procès l'idée de rémunérer la plaidoirie ne pouvait que surgir. A ce moment le *salarium* ou *honor* est tout près de « la *merces* » qui a bien le caractère d'un paiement de service et non d'une libéralité quelconque.

Quelques plaideurs essaient de se défendre eux-mêmes, mais ils sont rares, très rares, surtout parmi « les *humiliores* ».

(1) et (3) ACCARIAS, *Droit Romain*, t. 2, p. 510 et suivantes.

(2) Différence avec l'action *mandati*.

Peu de plaideurs ont la science suffisante pour aller affronter le tribunal ou plutôt les ripostes de l'adversaire. En Grèce au contraire, on voit beaucoup de citoyens qui en sont capables. Donc le plaideur romain sans expérience des affaires a recours à un défenseur quoique « chaque plaideur ait en principe le droit de diriger lui-même son affaire » (1).

Il peut s'aider d'un défenseur de son choix et il a en outre le droit d'amener des amis ou autres personnes favorables à sa prétention pour l'assister de leurs conseils ou tout au moins de leur présence, c'est-à-dire pour lui donner l'appui de leur considération et de leur crédit, et au besoin même l'appui de leur parole par une approbation formellement exprimée. Le premier de ces soins : la plaidoirie (*oratio*) était l'affaire du « *patronus* ou *orator* ». Le second ou « assistance » celle des « *advocati* ».

Avec le temps ces rôles tendent à se confondre. « Services d'honneur chez les anciens romains qui rapportaient de la gloire et de la considération mais jamais un profit pécuniaire, ils deviennent sous les empereurs l'office d'avocat, profession qui fait encore acquérir de la gloire et de la considération mais n'exclut pas le droit de recevoir des honoraires limités à un maximum ».

Loyseau traitant « des offices au Moyen-Age » étudie d'abord ceux-ci dans le Droit Romain. Au sujet des avocats il nous dit que ces derniers à Rome ne prenaient rien des parties; aussi ce n'étaient que des sénateurs et des gens notables qui occupaient cet office. La récompense de leur labeur, écrit-il, était d'acquérir nombre d'amis étroitement obligés à eux à l'aide desquels ils étaient élevés aux grands états comme Plutarque récite de Marc Caton qui étant homme de nouveau, gagna la bonne grâce du peuple par le moyen de ce que dès sa jeunesse il allait journellement par les bourgades puis vint à Rome plaider les causes gratuitement. Aussi est-ce en conséquence de ce travail gratuit que les avocats sont tout honorés dès-anciens livres. Ils ont l'honneur pour partage et non le gain. Mais sous les empereurs, continue-t-il, lorsque les grandes charges ne furent plus en la disposition du peuple, on réduisit les avocats en forme de milices ou com-

(1) KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les Romains*. Chap. « Des défenseurs ».

pagnies. Alors ils avaient seulement gages du public tant les Romains étaient soigneux de faire exercer la justice gratuitement. Mais enfin on permit aux avocats de prendre salaires modérés des parties. On les appelait par dédain « *stipes advocatorum* » mais le propre terme est de les appeler « *honoraria advocatorum* ». Lesquels ou salaires des avocats aucun disent avoir été premièrement permis par l'empereur Claudius, d'autres par Néron tant y a que c'est de longtemps un droit establi comme dit Saint-Augustin ».

Donc si les officiers ministériels sont encore inconnus à l'époque classique excluant tous les frais auxquels ils donnent lieu, par la suite, les frais de plaidoirie apparaissent nettement. Ce ne sont pas encore cependant « les *impensae litis* » que l'on retrouvera à l'époque suivante différents eux-mêmes du « *damnum litis* ». Malgré cela ils ne sont pas négligeables.

A l'époque précédente les mœurs tendant déjà à s'altérer la loi Cincia avait interdit « *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve acciperet* ». Cette mesure se continue à l'époque classique.

On peut noter certains abus. Dans le « *Pro Roscio* » Ciceron raconte qu'un *cognitor* intervenant autant à titre d'avocat (*advocatus*) qu'à celui de représentant dans un procès de 100.000 sesterces en avait retenu 50.000 pour lui (1). Qui supporte ces frais sans cesse croissants ? Pour répondre il faut se reporter à la procédure de l'époque classique : la procédure formulaire. Or, celle-ci se prête difficilement à une condamnation aux dépens. En effet, la formule délivrée par le prêteur détermine strictement l'objet et le montant du litige et le juge pour remplir exactement sa mission doit se tenir aux termes mêmes de la formule.

Le demandeur ne pouvant être condamné ne peut naturellement supporter les frais. Le défendeur peut l'être mais comme « la *condemnatio* » doit très exactement se modeler sur « l'*intentio* » de la formule, les frais ne peuvent pas rentrer dans

(1) C'est pourquoi Auguste aggrava la loi Cincia en punissant les infractions de la peine du quadruple et que le maximum du *salarium* fut fixé à 10.000 sesterces.

cette *condemnatio* spécialement dans « la *condictio certae creditae pecuniae* » qui demande une *intentio* « *certa* ».

Enfin dans les cas où l'*intentio* est *incerta* le juge pourrait parfaitement faire rentrer les frais dans la *condemnatio* si un principe consacré par un texte d'Ulpien ne le lui interdisait formellement : « *non debet actori licere quod reo non permittitur* » (1).

La solution qui s'impose est de faire supporter respectivement les frais à chacun des plaideurs. Ceci est en accord avec de nombreux textes qui montrent le plaideur victorieux payant ses propres dépens et le plaideur condamné ne soldant que les siens.

Il y avait là une injustice car le plaideur téméraire occasionnait des frais à l'autre partie qui avait été injustement troublée. Et d'un autre côté, si celle-ci avait triomphé dans ses prétentions, il était juste qu'elle soit indemnisée de toutes ses démarches qui n'avaient tendues qu'à la replacer dans sa juste situation.

C'est ce qui explique cette série de peines et de moyens préventifs qui apparaissent à cette époque. Ce sont les peines du plaideur téméraire exposées par Gaius dans ses *Institutes* (2).

On peut encore retrouver ces peines du plaideur téméraire dans certaines législations actuelles (3).

Dans le monde romain, pour prévenir les procès intentés ou soutenus sans fondement et par esprit de chicane, plusieurs peines avaient donc été établies contre les plaideurs. Parmi celles qui concernaient le défendeur, les unes étaient *pecuniaires*,

(1) L'explication en est que l'égalité serait rompue au profit du demandeur.

(2) GAIUS, *Institutes*, C. IV, § 172, 174.

Ces textes ont été commentés par de nombreux auteurs, entre autre ACCARIAS, t. 2 du *Droit Romain*.

KELLER, *La Procédure civile chez les Romains*.

(3) Ainsi le législateur anamite a horreur d'un procès, aussi tâche-t-il d'arrêter les plaideurs et de leur défendre ou de leur rendre impossible l'usage des tribunaux en les effrayant par la crainte du châtement réservé au plaideur qui succombe. LURO, *Le Pays d'Anam*, p. 232 et 233.

De même MM. HANOTEAU et LE TOURNEUX dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. 3, p. 395, nous disent : « Si deux individus ont un procès et que l'affaire soit arrangée en présence d'un âleu et des notables, celui des deux qui voudrait revenir sur cette affaire payerait 50 réaux car ce sont des affaires de ce genre qui allument chez nous la guerre civile ».

d'autres découlaient de la religion du serment, d'autres enfin consistaient dans l'infamie.

Outre la peine pécuniaire de la *sponsio*, dans certaines actions la condamnation était au double contre le défendeur qui avait nié, dans d'autres elle était du double, du triple ou du quadruple (1) qu'on eut nié ou non. Si aucune de ces garanties n'existait, c'est-à-dire s'il n'y avait lieu ni à la *sponsio*, ni à une condamnation au dessus du simple, le demandeur pouvait exiger du défendeur qu'il ne défendit pas par *esprit de calomnie*. Enfin, certaines actions étaient infamantes pour le défendeur condamné ». Ainsi s'exprime Gaius. On note encore chez lui : « la mauvaise foi du demandeur est également contenue soit par l'action de calomnie, soit par l'action contraire, soit par le serment ou enfin par la *restipulation*.

Les *Institutes* de Justinien (2) qui expliquent plus clairement ces peines de l'Epoque Claissique apportent des explications sur les différentes actions au sujet de ces peines. « En principe le serment est déféré à tous ceux qui sont poursuivis et le défendeur n'est admis à faire valoir ses moyens qu'après avoir juré qu'il se croit fondé à contredire la demande ».

Toujours est-il que les peines édictées contre les plaideurs téméraires étaient établies les unes contre le demandeur, les autres contre le défendeur, et qu'elles les frappaient tantôt également, tantôt de manière inégale. L'une d'entre elles s'appliquait indifféremment au demandeur ou au défendeur. Elles étaient attachées soit à la simple absence de droit en elle-même, soit à la connaissance qu'on en avait « à la *calumnia* ». Les périls qu'encourageaient ainsi les plaideurs, soit en engageant, soit en soutenant de mauvais procès étaient donc nombreux.

La peine qui s'appliquait au perdant quel qu'il soit était celle qui résultait de la *sponsio* suivie de *restipulatio*. Les plaideurs se promettaient réciproquement devant le magistrat (selon leur volonté ou sur l'ordre de ce dernier), et pour le cas où ils

(1) Ceux qui nient sont tenus au double ou au quadruple dans l'action résultant d'un dommage causé sans droit ou d'un legs laissé à des lieux vénérables. De plus l'action *furti manifesti* est du quadruple et l'action *furti nec manifesti* est du double et encore dans ces deux cas peu importe que le défendeur ait affirmé ou nié.

(2) *De Poena temere litigantium*, Livre IV, chap. XVI.

succomberaient une certaine somme à titre de peine (1). Cette somme était une quote part déterminée du montant de la demande ou de son estimation.

Par l'effet du jugement une de ces sommes devenait donc obligatoire et l'autre s'évanouissait. Cette peine apparut dans l'action « *de pecunia constituta* » (2) puis dans « *la condictio certae creditae pecuniae* » (3) et dans les interdits (4).

Quelle est exactement la procédure à suivre au sujet de cette *stipulatio* et *restipulatio* ?

Les deux formules contenant d'une part la *stipulatio*, et d'autre part la *restipulatio* sont délivrées en même temps que l'action principale et soumises au même juge. Une fois le litige tranché le juge statue immédiatement sur les deux promesses : il condamne le perdant à exécuter la sienne, celle qu'avait faite le gagnant restant sans effet.

Cette peine a le caractère de réciprocité de l'ancien *sacramentum*. Elle est fixe et facilement déterminée par suite de sa proportionnalité avec l'importance du litige.

De plus, elle est absolument indépendante de la bonne ou mauvaise foi du perdant. Elle n'est que la conséquence de son échec.

Si cette dernière peine s'appliquait indifféremment aux deux parties il y avait deux peines spéciales au demandeur : le *judicium calumniae* et le *contrarium judicium*.

Le *judicium calumniae* était facilement demandé par le défendeur, à condition que celui-ci prouve la mauvaise foi de l'adversaire. D'après Gaius (5) la *calumnia* consiste à agir dans une intention vexatoire sachant bien que l'on est dépourvu de droit et ne plaçant ses espérances de succès que dans l'erreur ou l'iniquité du juge.

Quel est le montant du *judicium* ? Il est du 1/10^e du li-

(1) GAIUS, C. IV, § 171, 172, 174.

(2) La *Sponsio* est de la moitié de l'intérêt litigieux dans l'action *de pecunia constituta* : *dimidia pars*.

(3) Ici la *Sponsio* et la *restipulatio* étaient *tertia pars*.

(4) Alors que dans les deux actions précédentes la *sponsio* n'est que facultative, dans les interdits prohibitifs elle s'impose absolument et dans les autres interdits elle dépend de la volonté du défendeur.

(5) GAIUS, C. IV, § 178.

tige (1). Dans les interdits il est du $1/4$. La forme du *judicium calumniae* est celle d'une demande reconventionnelle. Le *judicium calumniae* est donc porté devant le même juge que celui de l'action principale. Il est inscrit souvent à la suite de la formule de cette action.

Accarias maintient que l'on a ici deux actions parallèles dont l'une est la contre partie de l'autre et tranchée par le même juge qui est à même de connaître parfaitement les mobiles du demandeur.

Le *contrarium judicium* également applicable contre le demandeur ne suppose pas sa mauvaise foi « La condamnation qu'il portait uniquement subordonnée, au triomphe éventuel du défendeur dans le procès principal était une sorte de prix attaché à la victoire » (2). C'était un moyen exceptionnel car trois sortes de demandeurs seulement en étaient tenus :

1) le demandeur dans l'action *injuriarum*;

2) le demandeur qui attaque la femme qui a été envoyée en possession au nom de son enfant simplement conçu et qui est ainsi accusée d'avoir dolosivement transféré la possession à un tiers;

3) le demandeur qui a été envoyé en possession sur un ordre du prêteur et qui attaque un tiers qui l'empêche d'exercer cette possession.

Le montant de la condamnation est du $1/10^e$ de la valeur du litige dans l'action *injuriarum*. Dans les deux autres cas il est du $1/5^e$ de l'intérêt engagé dans l'action principale.

Au point de vue de la forme il est à peu près analogue au « *judicium calumniae* », c'est-à-dire que le *contrarium judicium* est engagé en même temps que l'action principale et soumis au même juge.

Après ces peines spéciales au demandeur nous en trouvons deux spéciales au défendeur : ce sont la condamnation portée au double en cas d'*infinitio* (3) et l'infamie.

(1) Il est du $1/3$ contre un *assertor libertatis* car alors la mauvaise foi est plus grave en ce sens qu'elle tend souvent à favoriser l'usurpation du droit de cité.

(2) KELLER, op. cité p. 261. Puisqu'il ne suppose pas la mauvaise foi il est donc moins rigoureux que le *judicium calumniae*.

(3) *Lis infinitando crescit in duplum*; deux autres peines accompagnaient souvent cette condamnation au double à savoir l'impossibilité pour le défendeur d'exercer la *condictio indebiti* au cas où il avait payé sans devoir et l'impossibilité d'opposer la compensation.

Le défendeur qui niait devoir ce qu'on lui réclamait et qui restait sur cette position jusqu'à la *litis contestatio* était condamné au double dans certaines actions s'il venait plus tard à succomber.

Cette peine n'était donc applicable que dans certaines actions : l'action *iudicati* (1) ; l'action *depensi* (2) ; l'action *legati certi per damnationem* ou de *certa re* (primitivement *pecunia*) *per damnationem legata* (3) ; l'action *legis Aquiliae* (4) ; l'action *depositi miserabilis* (5). Dans tous ces cas la dette avait force exécutoire et pouvait être suivie de *manus injectio* dans le cas où elle n'était pas acquittée de plein gré.

L'infamie ou *ignominia* résultait d'abord des actions nées d'un délit : l'action *furti* (et par assimilation l'action *ob crimen expilatae hereditatis*) ; l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *Legis Plaetoriae*, l'action *injuriarum* (et par assimilation l'action *sepulcri violati*), l'action de *dolo malo*.

L'infamie découlait également d'une série d'actions contractuelles : l'action *pro socio*, les actions directes de *fiducie*, de *tutelle*, de *mandat* et de *dépôt*. Il fallait de plus pour qu'elle soit encourue que la condamnation repose sur un *dol* (6).

(1) L'action *iudicati* a lieu lorsque le débiteur conteste l'existence ou la validité du jugement. C'est le préliminaire des voies d'exécution sur les biens et la personne.

(2) L'action *depensi* est accordée par une loi *Pubilia* au *Sponsor* (*fidejusseur*) à la place de l'action *mandati*. S'il a payé pour le débiteur principal et que celui-ci nie il aura droit à une condamnation au double.

(3) Elle vient de l'ancienne action *es testamento* qui aboutissait aussi au double ; elle demande une chose ou quantité déterminée (*certum*) et de plus il faut que l'héritier poursuivi nie son obligation. Plus tard, le doublement de la condamnation devient indépendant de la forme et de l'objet de la libéralité ; il s'applique aux fidéicommiss comme aux legs.

(4) L'action dérivant de la *lex Aquilia* qui indemnise le demandeur du dommage causé par le délit (le *damnum injuria datum*).

(5) Action donnée au déposant en cas de dépôt nécessaire ou *miserabile*, c'est-à-dire en cas de force majeure (tumulte, incendie, ruine, naufrage) contre le dépositaire qui nie le dépôt ou rend la restitution impossible par son dol. De même l'action *de modo agri*, c'est-à-dire l'action donnée contre le vendeur qui a trompé l'acheteur sur la contenance du fonds mancipé. Dans cette dernière action, c'est la valeur de la contenance qui manque qui est doublée.

(6) Quelles étaient les conséquences exactes de l'infamie ? Elles sont importantes, c'est pourquoi nous les examinons ici. L'infâme perd d'abord le *jus suffragii*. Il perd aussi le *jus honorum* ; il ne peut ni accéder aux dignités municipales, ni figurer sur la listes des juges. De même il ne possède plus le *jus accusandi* « c'est-à-dire le droit d'exercer une action publique » à moins, disent les auteurs, « qu'il ne

On peut noter que la peine de l'infamie, n'atteignait que le plaideur qui se défendait en son propre nom. S'il y avait représentation cette peine n'avait pas lieu. Elle n'existait pas pour le *dominus litis* qui n'était pas condamné lui-même; elle n'existait pas non plus pour le *cognitor* qui n'était pas l'auteur du délit ou du dol. A cause de cette imperfection des coupables pouvaient ainsi échapper à la peine.

Ces différents moyens de punir le plaideur téméraire sont des peines au sens strict du mot. Mais à côté, le Droit Romain classique connaissait un moyen préventif servant à punir l'esprit de chicane : c'est « le *jusjurandum de calunnia* ».

C'est un serment par lequel le plaideur jure qu'il agit ou se défend de bonne foi, et qu'il ne soutient point sciemment un mauvais procès (1). Il est exigé du demandeur pour toute espèce d'action et du défendeur seulement pour les actions qui ne dépassent pas le simple.

Ce serment n'est dû que si l'adversaire le requiert et il est prêté *in jure*. Il n'est pas réciproque et ne peut être exigé que par une des parties (2). Jamais il ne se cumule avec la *sponsio* et la *restipulatio* ni avec le *judicium calumniae*, ni le *contrarium judicium*, mais il laisse le défendeur exposé à l'infamie et au *juramentum in litem*.

Les moyens institués pour protéger le défendeur contre toute demande téméraire ou injuste ne pouvaient pas être cumulés dans un même cas. Le défendeur devait en choisir un seul. De plus, à raison de considérations personnelles il pouvait être mis à l'abri de ces peines (3).

s'agisse pour lui de venger une injure personnelle ou la mort de l'un de ses proches ». L'infâme ne peut donner ni recevoir une *procuratio ad litem*. La femme frappée d'infamie ne peut plus se marier avec un ingénu. Nous ajouterons que l'infamie pouvait disparaître dans certains cas. Elle peut être effacée par une *restitutio in integrum* qui est l'œuvre du Sénat ou du prince. Le magistrat lui même peut la faire disparaître quand elle est la conséquence d'un acte rescindable.

(1) Des auteurs considèrent aussi le *juramentum in litem* comme une peine infligée au défendeur : ici le demandeur fixe lui-même le montant de la condamnation en jurant qu'il ne l'exagère pas; mais en réalité l'estimation ainsi faite dépasse toujours le chiffre véritable du *quod interest*. Ce serment avait surtout lieu dans les actions *in rem* ou *bonae fidei* et dans l'action *ad exhibendum*.

(2) De plus, il n'est pas obligatoire; s'il est refusé par le demandeur celui-ci est déchu de l'action, s'il est refusé par le défendeur on a une *confessio in jure*.

(3) Par exemple s'il avait été poursuivi *loco horedis* pour un engagement qu'il n'avait pas contracté lui-même; de même les pupilles ou les femmes. Pour la *sponsio* voir GAIUS, L. IV, § 172.

Ce qui caractérise ces institutions classiques c'est qu'elles ont toutes un caractère pénal. Le meilleur moyen d'éviter les frais de procédure est de tarir leur source (1).

La peine la plus pratique et celle qui se rapproche le plus de notre droit était sans nul doute la *stipulation* et *restipulatio* car on aboutissait nécessairement à une réparation pécuniaire; on l'appliquait indistinctement au demandeur et au défendeur et surtout on ne tenait aucun compte de la bonne ou de la mauvaise foi du perdant.

Telles sont les peines de l'époque classique qui ont tenu lieu de condamnation aux dépens.

§ 3

LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE ET L'ÉPOQUE DE JUSTINIEN

Avec cette nouvelle procédure on voit changer le caractère de la condamnation aux dépens. Avec elle le juge n'est plus lié par la formule. Il peut donc statuer comme il l'entend sur les frais du procès qui sont devenus considérables et de plus en plus nombreux (2).

C'est à ce moment que les avocats sont le plus intéressés à faire reconnaître la légitimité de leurs honoraires, et recourent encore fréquemment à « la *cognitio extraordinaria* ».

C'est aussi à ce moment qu'on voit se développer la pratique des honoraires donnés aux juges et à leurs ministres ou « *sportulae* » qui ne seront constatées légalement qu'au v^e siècle.

Le peuple romain voyait avec beaucoup de défaveur, cette

(1) Loi 4 C. *De Fructibus et litis expensis*, 7. 51.

(2) Dans le Droit Classique où il n'y avait pas d'huissiers, les actes de procédure donnaient lieu par eux mêmes à des frais négligeables et ceux-ci se confondent d'après les auteurs avec le *damnum litis* proprement dit ou sommes que le gagnant n'aurait point déboursées s'il n'eut pas été obligé de plaider. Sous l'Empire, avec l'apparition des *executores litium*, on peut distinguer les *impensae litis* du *damnum litis*, tous deux à la charge du perdant.

pratique qui devenait souvent un abus. Constantin fit, paraît-il, de leur abus un délit de concussion. Loyseau, dans « les offices », nous trace une intéressante histoire des « *sportulae* ».

D'après lui, « il était défendu aux ministres des magistrats tels greffiers, notaires, sergents et autres semblables et cela à peine de vie de prendre aucun présent des parties bien qu'il leur fut offert ». Ils n'avaient que leurs gages et ne recevaient rien des parties. Aussi étaient-ils réduits en milice ainsi que des soldats. De même ils étaient obligés de faire partie de la famille et du train ordinaire du magistrat et avaient « bouche à cour » chez lui. Mais, nous dit Loyseau, « à succession de temps ils s'avantagèrent par bienséance et par forme de présents de prendre de ceux qui avaient à faire à eux certains petits salaires qu'ils appelaient « *sportulas* ». Tout ainsi que nous disons donner le vin quand on baille une pièce d'argent à des ménagers, à des clercs ou autres menus gens pour aller boire, pour ce que ces sportules qui, de leur origine, signifient gouter ou souper léger se baillaient en argent aux ministres des magistrats au lieu qu'on avait accoustumé de les faire boire par courtoisie ».

C'est donc aussi à ce moment que le perdant commence à supporter les dépens. Il les supporte d'abord dans deux cas particuliers que nous trouvons cités par Ulpien : la faute grave et le dol, puis dans la totalité des cas.

Le paideur téméraire, ou celui qui succombe, paye les « *litis sumptus* » et les « *viatica* », c'est-à-dire les frais de procédure et les frais de voyage nécessaires pour soutenir le procès. Tout ceci « dans l'espoir de refréner l'audace impudente des âmes processives » comme le disait déjà Cicéron.

La condamnation aux dépens ne résulte plus d'une seconde procédure parallèle à l'instance et dont le gagnant pouvait s'abs tenir (1). Les pouvoirs du juge, il est vrai, se sont élargis; il peut désormais condamner le perdant aux frais « *ipso jure* », ce qui évite les frais et les lenteurs de la double procédure. Enfin, l'adversaire n'ayant pas besoin de demander cette condamnation aux frais; leur juste réparation s'effectue dans tous les litiges et de plein droit. Autrefois, en effet, le plaideur victorieux de-

(1) Ce sont les constitutions de Théodose et d'Arcadius et de Théodose et d'Honorius qui suppriment toute nouvelle instance parallèle pour le règlement des dépens (Code VII, 51, 3, 4, 5.)

mandait le remboursement des frais par une action « *in factum* » et même quelquefois par une « *cognito extraordinaria* » (1).

Désormais c'est le juge qui doit statuer sur les dépens, sinon il les supportera lui-même. Ils sont donc évalués « *pro estimatione judicis* ». Le magistrat les règle d'après sa conscience sans tarifs et par conséquent arbitrairement.

Une règle nouvelle s'est donc élaborée; le juge doit condamner le perdant aux frais de l'instance et les empereurs pour en obtenir une juste application rendent les juges pécuniairement responsables de leur oubli (2). C'est le meilleur moyen de les obliger à statuer.

La règle s'applique strictement aux frais de première instance. Pour ce qui est de l'appel, l'appelant qui succombe doit rembourser les frais de l'intimé mais l'appelé n'en est pas tenu selon les règles de l'équité (3).

Ce n'est qu'au Bas Empire que le perdant commencera à payer tous les frais de première instance et d'appel.

Sous Justinien la règle ne fait que se préciser et devenir définitive. Les frais comprennent les frais de procédure et tous ceux faits à l'occasion du procès.

On lit dans les *Institutes* (4): « Toutes ces dispositions remplacent l'ancienne action de *calumnia* tombée en dessuétude...; à la place nous avons introduit outre le susdit serment l'obligation pour le plaideur sans droit de rembourser à son adversaire les dommages et les frais du procès. »

Justinien crée une véritable législation au sujet des dépens. Tandis qu'il réglemente les *sportulae*, tarife les actes de procédure et les honoraires des « *judices pedanei* » (5), il autorise le

(1) A ce moment, on admettait aussi que le préteur pouvait déjà statuer sans débats sur les frais, mais seulement le jour même du procès. Après il était trop tard et on devait recourir à une nouvelle instance.

(2) ZENON, Code VII, 51, 5.

(3) L'appelant qui succombe doit le quadruple des frais (*non simplos sed quadruplos*.)

(4) Instit, livre IV, Titre XVI, § I.

(5) LOYSEAU dans son traité *Des offices* nous rappelle la réglementation des *judices pedanei* par Justinien à propos des petits juges des villes dont les émoluments ont tous été tarifés par cet empereur : « Et jusqu'aux petits juges des villes appelés *défensores civitatis* et *judices pedanei*; ils avaient ordinairement gages comme il l'est dit en la Nouvelle 8, chap. 15, occasion pourquoi en cet endroit Justinien permet aux défenseurs des cités de prendre au lieu de gage 4 écus pour chacune

juge, par sa *Novelle* 82, chap. 10, à déférer le serment au gagnant sur le montant des frais.

Ce serment ou « *jus jurandum calumniae* », prêté sur les Evangiles après la *litis contestatio* est obligatoire dans tous les cas pour les plaideurs et leurs avocats ainsi que pour les arbitres nommés en vertu d'un compromis; le juge ne peut donc condamner le perdant qu'au montant ainsi fixé.

La *Novelle* 112 décide que le perdant paye à titre de dépens le 1/10^e du litige. (Chiffre probablement emprunté au *judicium calumniae*). Il introduit aussi dans la *Novelle* 82 une compensation des dépens reproduite dans son principe par notre article 131 du Code de Procédure civile. Grâce à elle, le magistrat peut imposer par sa sentence à chaque partie le paiement de ses propres frais.

Les peines variées et nombreuses de l'Epoque Classique ont disparu, excepté la condamnation au double et l'infamie que l'on retrouve dans quelques actions (1). Il ne subsiste en fait que « le *jus jurandum calumniae* », obligatoire et quelque peu différent du précédent (2).

Enfin la règle, « *victus victori sumptus prestare debet* » est définitivement établie avec quelques exceptions dans le Digeste:

a) Les pauvres sont déchargés des frais de leurs procès à condition de porter leurs causes devant le Conseil d'Empire (3). C'est le prélude de l'Assistance judiciaire.

b) Le magistrat peut, comme de nos jours, ordonner la compensation.

c) Le contumax, même s'il gagne sa cause, est condamné aux dépens (on retrouvera cette règle dans l'Ancien droit français).

Conclusion. — En étudiant la condamnation aux dépens dans le Droit Romain on constate qu'on est parti de la notion

sentence définitive comme parallèlement en la *Novelle* 82 il assigne aux juges pédanés 4 écus pour chaque procès à prendre sur les parties outre 2 marcs d'or de gage à prendre sur le Public qui est la première ouverture à Rome de faire acheter la Justice au peuple et d'attribuer de menus profits aux juges ».

(1) *Institutes*, L. IV, 16, 1, 2.

(2) Spécialement parce qu'il est devenu d'ordre public, c'est-à-dire que les parties ne peuvent pas s'y refuser.

(3) Prescrit par la loi *Quando imperator inter pupillos....* au *Corpus Juris Civilis*, Livre III, § XIV.

de peine pour arriver à la notion d'arrangement ou plutôt d'indemnité en dépit du titre de Justinien « *De poena temere litigantium* » qui n'est qu'une survivance littérale de l'Ancien Droit.

La condamnation aux dépens est d'abord une somme fixe qui est tour à tour consacrée aux Dieux pour apaiser leur colère, destinée au Trésor Public, attribuée finalement au gagnant à l'époque formulaire.

Sous Justinien ce n'est plus une somme fixe. La partie perdante est condamnée strictement aux dépens faits par son adversaire. C'est qu'en général la peine est fixe mais la réparation variable selon le dommage.

A cette première évolution en est rattachée une seconde : la peine, au Bas Empire, n'est plus strictement personnelle vis-à-vis du perdant. Ce qui importe c'est la réparation elle-même et ce qui le prouve bien c'est que dans la Procédure Extraordinaire le juge paye lui-même les frais s'il omet de statuer. Ce n'est donc pas le perdant qui indemnise nécessairement le gagnant.

Que ce soit par le principe de la peine ou par celui même de la condamnation aux dépens, le Droit Romain semble être parfaitement arrivé à réfréner l'esprit processif et à maintenir un juste équilibre dans les relations de droit privé entre les Romains.

Comme l'a dit M. Gérardin : « C'est une chose désirable au point de vue de l'intérêt général comme de l'intérêt privé qu'il y ait aussi peu de procès que possible et que ceux qui surgissent se terminent promptement. Or, s'il y a une législation où ce désir se manifeste avec énergie c'est la législation romaine. Le procès c'est la guerre privée régularisée, surtout dans une société peu avancée, il suscite et entretient des haines qu'il faut éviter à tout prix » (1).

(1) Etude sur la solidarité. *Nouvelle Revue d'Histoire du Droit*, t. VIII, 1884, p. 255.

CHAPITRE II

L'HISTOIRE DE LA CONDAMNATION AUX DEPENS DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

C'est une question très complexe que d'étudier la condamnation aux dépens dans notre Ancien Droit Français et notamment au cours de la période médiévale qui vit s'établir en France des Juridictions si diverses par leur forme, leur esprit, et les lieux où elles s'exerçaient.

La France est d'abord une grande province romaine, comme telle, inspirée dans une grande part des lois romaines et qui ne tarde pas à être envahie par les Barbares venus du Nord, eux-mêmes de races différentes.

Dès lors, une scission s'établit entre les pays du Midi ou de Droit Ecrit et les pays Coutumiers ou du Nord. Le Midi peut réagir et conserver la tradition romaine mais le Nord est soumis à la coutume.

Cette différence n'est pas unique car, au cœur même de la France, deux ordres de Juridictions s'affrontent : la juridiction laïque des seigneurs et du roi et les juridictions ecclésiastiques des évêques ou des abbés.

C'est en dépit de ces divers courants que nous allons essayer d'étudier la condamnation aux dépens, d'une part, dans les pays de Droit Ecrit et dans les Tribunaux ecclésiastiques, tous deux inspirés du Droit Romain, et, d'autre part, dans les pays de coutume soumis à des règles différentes. Mais auparavant il nous paraît utile et intéressant de jeter un coup d'œil sur les auxiliaires et ministres de la Justice qui sont pour une grande part la cause des dépens, ainsi que sur les amendes et autres condamnations pécuniaires prononcées en Justice.

§ 1

DES AUXILIAIRES ET MINISTRES DE LA JUSTICE (1)

Sous les Mérovingiens, quoique la procédure soit en général verbale et publique, on tenait cependant déjà des écritures importantes et sous ce rapport on était même plus avancé qu'au Moyen-Age car l'habitude de constater les jugements par écrit pratiquée par les Barbares disparut pendant un certain temps au commencement de la Féodalité. Il y avait dans les Cours de Justice des fonctionnaires chargés de rédiger certains actes; ils étaient nommés par le comte et ordinairement choisis parmi les clercs. C'étaient les *notarii*, *cancellarii* ou *scribae*.

Sous les Carolingiens les parties se font le plus souvent assister par un *defensor*; les évêques et les abbés nomment des *advocati* qui sont des procureurs judiciaires.

Les greffiers ou notaires, toujours nommés par les comtes, étaient chargés d'un travail purement matériel : la rédaction écrite du jugement et des actes du ministère du magistrat auprès duquel ils sont établis. Pour les actes les plus importants ils avaient une demi-livre d'argent mais pour les pauvres et les orphelins leurs services étaient gratuits. Il y avait donc assistance judiciaire.

Quels étaient, au juste, les salaires des Ministres de la Justice à l'époque carolingienne ? (2). Ce n'étaient pas de vrais officiers nommés par le roi. Ils n'avaient ni gages de lui, « ni bouche à cour »; ils étaient en réalité commis par le juge. Aussi, il leur devenait nécessaire de demander un salaire modéré aux parties. « Comme la somme est baillée au soldat afin qu'il ne vive sur le bon homme, de même les gages sont attribués à l'officier afin qu'il ne prenne rien du peuple ».

L'ancien principe que « le prince devait rendre la justice » n'était pas mis en pratique dans la réalité. Il était loin de la fournir et de la faire rendre gratuitement. C'est ce que nous fait remarquer sagement Loyseau : « Mais ce discours serait bon en la République de Platon car en toutes celles qui sont de présent

(1) Nous traiterons les paragraphes 1 et 2 en fonction de la Condamnation aux dépens pour éclairer et compléter l'Historique qui suivra.

(2) LOYSEAU, *Des offices*, Livre I, chap. VIII, n° 26.

au monde la Coustume contraire a de longtemps prévalu par dessus la raison ». C'est pour remédier à cette gratuité théorique qu'est née la pratique des épices dont nous devons dire quelques mots puisqu'elle touche très étroitement aux dépens.

Au début les épices étaient un présent volontaire que celui qui avait gagné la cause faisait par courtoisie à son juge ou rapporteur « de quelques dragées, confitures, ou autres épiceries ». Plus tard, les épices ou épiceries consistèrent en or et devinrent un paiement et bientôt un salaire.

« Et c'est chose certaine que partout où l'argent trouve entrée, quelque petite que ce soit, il s'en rend enfin le maître et en chasse ou éloigne l'honneur ou la vertu desquelles il est ennemi. Aussi, cette invention d'épices d'or ayant été établie, les juges ont voulu au semblable avoir taxe des autres expéditions qu'ils font au procès, hors les heures auxquelles, disent-ils, ils doivent assistance et service en leur office qui sont les heures d'audience et de conseil pour lesquelles ils confessent bien ne devoir prendre aucun salaire. » (1).

Le principe de la gratuité de la Justice est donc mis en défaut par nos anciens auteurs. Les plaideurs doivent bientôt contribuer pour une grande part par les dépens à l'existence des gens de Justice. « Ce qui n'est pas sans quelque raison à présent que la vie est si chère et les gages des officiers de Justice si petits qu'il n'est pas possible qu'ils s'en puissent entretenir à beaucoup près selon leur qualité, attendu que leurs offices leur sont vendus si chers et encore eu égard au labeur et assiduité qu'ils sont tenus d'y rendre ».

(1) LOYSEAU, op. cité : « et de fait les épices a bien entendre ne sont attribuées que pour le salaire des juges qui vaquent aux heures de conseil, au jugement des procès par écrit mais seulement pour payer le rapporteur du labeur qu'il a pris à voir et extraire le procès en sa maison, aussi par les anciennes Ordonnances sont elles attribuées (les épices) au rapporteur seul comme il se garde encoré en la Grand'Chambre du Parlement et la taxe s'en fait sur la vue de l'extrait du procès et d'ailleurs ceux qui ne rapportent point comme les présidents ne participent pas aux épices et ce qu'ordinairement la moitié du total des épices se distribue entre juges et par une société volontaire qu'ils contractent s'associent volontairement ensemble à leur labeur. Donc il ne faut pas proportionner les épices au nombre de juges qui assistent au procès ».

§ 2

DES AMENDES ET AUTRES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES
PRONONCÉES EN MATIÈRE DE DÉPENS DE JUSTICEA. — *L'amende* :

Au VII^e siècle, les Formules de Marculfe nous enseignent que la condamnation aux dépens est redevenue une simple peine du plaideur téméraire, une amende dont il est frappé au profit du fisc. A cette époque, le haut Justicier est en principe tenu de faire rendre la Justice au pauvre gratuitement et de faire punir les délinquants à ses dépens. Pour cela, il faut des officiers capables et qui gagnent suffisamment, aussi on leur attribue en récompense tous les biens vacants qui se trouvent sur le territoire (1).

A Rome déjà les gouverneurs des provinces et les autres grands magistrats pouvaient condamner à l'amende, mais les sommes étaient limitées.

Dans l'Ancienne France, tout Haut Justicier avait le droit de condamner à mort et on en concluait qu'il pouvait condamner à l'amende et selon la somme qu'il lui plaisait, autrement dit les amendes étaient arbitraires. Cependant le moyen justicier ne pouvait pas infliger une amende supérieure à 60 sols et le bas Justicier une amende supérieure à 7 sols 6 deniers.

Il y avait donc deux sortes d'amendes (2) : les amendes arbitraires prononcées pour les délits et les amendes ordinaires taxées par les Ordonnances des Coutumes. Ces amendes taxées par les coutumes ou coutumières étaient de deux sortes : la grande amende de 60 sols ou amende ordinaire et la petite amende de la Cour ou amende de la loi.

La grande amende est imposée « pour contestations es-cause d'appel, de complainte et autres matières odieuses, pour bris de saisie, entreprises sur les chemins et ventes recelées. La petite est encourue pour trois causes : à savoir, pour défaut, pour contestations téméraires (3), es matière ordinaire et pour

(1) LOYSEAU, *Des Seigneuries*. Chap. XII, n° 64 et suivants.

(2) LOYSEAU : op. cité.

(3) Elle paraît donc bien être une peine du plaideur téméraire.

reclaim, c'est-à-dire réclamation, et refus de « payer le contenu es obligations et es sentences en quelques coutumes, ce qui est cause qu'en jugeant soit les défauts, soit les procès contradictoires, on prononce ordinairement : condamnez en l'amende de la cour es dépens ».

On peut lire dans les recueils du temps que l'événement du combat judiciaire et les amendes payées aux seigneurs et aux pairs dont on avait mal à propos attaqué le jugement punissait suffisamment la partie qui perdait son procès. Le proverbe « Les battus payent l'amende » date de cette époque.

Plusieurs coutumes traitent amplement de ces amendes entr'autres celles d'Anjou et Touraine, du Maine, du Berry et celle des pays de Picardie et de Flandre : d'où vient le proverbe de nos coutumes que « la grande amende emporte la petite ».

Elles furent toutes introduites alors que les juges ne prenaient aucun salaire des parties et se récompensaient sur ces amendes qui leur étaient attribuées à la place ou pour supplément de gage.

Lorsque les juges furent convenablement payés par les parties et que les frais des procès furent considérablement augmentés c'est à bon droit que les anciennes amendes coutumières furent abolies presque partout.

Cependant, un avis fut donné au roi de renouveler et de tripler les amendes ordinaires pour faire un fond nouveau à ses finances. D'après Loyseau, il y a là une véritable injustice : « Car l'avis donné par Isocrate au roy Nicocles est déjà assez exécuté, de faire que les frais du procès soient grands pour empêcher le peuple de plaider (1) : « étant véritable qu'en plus de deux tiers des procès les frais passent le principal et n'y a plus désormais guère de procès que pour ceux qui sont nécessaires ou pour l'obscurité de notre droit ou pour la malice des banqueroutiers qui plaident hardiment parce qu'ils n'ont rien à perdre et que cependant ils consomment en frais ceux qui ont de quoi ; et quelle apparence y a-t-il vu que la justice est due au peuple gratuitement de la surcharger encore de ce nouveau tribut ? » (2).

(1) C'est encore maintenant l'idée de certains juristes.

(2) L'amende était souvent accompagnée de la « confiscation », propre fruit de la justice dont elle n'était, nous dit LOYSEAU, qu'un cas particulier (n° 67) *Des Seigneuries*.

B. — *La composition et le fredus (« autres dommages des plegeries ») accompagnant les dépens.*

Après nous avoir énuméré les différentes sortes de justices qui existaient chez les Francs, Fustel de Coulanges (1) nous indique qu'elles différaient sur plusieurs points et notamment sur l'issue du jugement.

Quand c'était le comte qui poursuivait, le coupable était frappé d'une peine et l'on peut voir dans les écrits du temps combien les châtiments corporels étaient prodigués. Les rachimbourgs, au contraire, obtenaient le rachat de la peine et disaient seulement quelle somme de sous d'or devait en tenir lieu. C'était la composition. A côté il y avait le « *fredum* » ou « *fredus* » payé au roi par l'intermédiaire du comte et qui réparait l'atteinte faite par le perdant coupable à la paix publique. Il fut établi que cette sorte d'indemnité consistant en une part de la composition, généralement le tiers, serait remis au fonctionnaire royal : le graffio. Le *fredum*, d'après bien des auteurs, était une véritable amende de nos jours, due par le coupable. On l'appelait : « la composition due au fisc ». Ce terme qui signifiait « la paix » représentait le rachat fait par le coupable à l'autorité publique de même que la composition était l'indemnisation du perdant envers la partie lésée (2).

La loi Salique réglait minutieusement les peines et les compositions. C'était avant tout « un tarif des compositions ». En payant la composition le coupable payait la grâce de sa vie. Déjà on pouvait noter dans cette loi le besoin de refréner les accusations et les procès inutiles. On y lit : « Quiconque aura accusé un homme devant le roi si cet homme est innocent payera 2.500 deniers ». N'est-ce pas là une peine pour le plaideur téméraire ? (3).

C. — *Aperçu général des frais de justice dans la période coutumière.*

C'est M. Ducoudray, en faisant son étude du Parlement de

(1) FUSTEL DE COULANGES, *Recherche sur quelques problèmes d'Histoire*.

(2) Sur le *Fredus* : *La loi Salique*, L. III, Chap. 2 et *La loi Ripuaire*, Chap. LXXXIX.

(3) A ces différentes peines du perdant on doit ajouter la *dilatatura* qui pour la majorité des auteurs était un complément de la composition et représentait les frais de procédure proprement dits.

Paris, qui nous a donné l'analyse la plus précise des dépens de justice dans le chapitre même où il nous parle de la règle de la condamnation aux dépens de la partie perdante : « Une procédure qui allait sans cesse se compliquant, écrit M. Ducoudray, n'était pas pour simplifier les dépenses des plaideurs : tant d'écritures ! tant de droits de chancellerie ! tant de salaires pour les procureurs et les avocats, de dons ou d'épices pour les juges ! tant de voyages, de séjours à Paris en cas d'appel au Parlement ! tant d'enquêtes dans les pays souvent fort éloignés, tant de commissaires — à défrayer en route et à payer ! tant de témoins à dédommager ! Les rouleaux d'enquêtes, les différentes pièces de la procédure exigeaient beaucoup de parchemin ou peaux, ou bien de feuilles de papier, chaque feuille dûment signée du procureur et aussi du greffier ou du magistrat taxateur puis soigneusement numérotée ! Tous les actes étaient revêtus du sceau de la juridiction seigneuriale ou royale : de là les droits de scel représentés aujourd'hui par le timbre et l'enregistrement ; il fallait se procurer les pièces en double car le Parlement retenait les originaux. Les sceaux des sergents ou moindres officiers avaient besoin d'être confirmés « légalisés » comme nous disons par le sceau du seigneur ou du bailli royal. La chancellerie était encombrée ; on attendait quelquefois quinze jours l'apposition du sceau royal. La multiplicité des juridictions, les conflits qu'elle entraînait, les remises que nécessitaient les conflits donnaient lieu à des procédures préliminaires, à des écritures coûteuses. Les procureurs de pays n'ayant pour ainsi dire point de déplacements ne pouvaient exiger des frais de voyages, mais ces procureurs de pays étaient aussi envoyés à Paris pour suivre l'affaire, de concert avec le procureur au Parlement : *grande source de dépenses* sans compter les frais personnels des plaideurs qui se transportaient soit au chef-lieu du comté ou du duché, soit dans la capitale du royaume...

Les frais de voyage grossissaient donc singulièrement les dépens qu'avait à payer *la partie qui succombait* » (1).

(1) G. DUCOUDRAY : *Les origines du Parlement de Paris et la Justice au XIII^e et XIV^e s.*, Paris, Hachette, 1902. Chap. XXX, p. 959.

Dans les pages suivantes M. DUCOUDRAY nous donne de très intéressants détails au sujet des innombrables dépens qu'entraînait le procès et il étudie plus spécialement les frais de voyage et de séjour qui devenaient abusifs, (p. 960 à 967).

§ 3

LA CONDAMNATION AUX DÉPENS
SELON LES JURIDICTIONS ECCLÉSIASTIQUES
ET DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

Les juges ecclésiastiques sont les héritiers de la langue et des traditions latines; ils ne sauraient se séparer du Droit Romain. Or celui-ci, comme nous l'avons vu, condamne dans son dernier état le perdant aux dépens.

C'est en 1328 que la condamnation aux dépens est reçue « es Cour d'Eglise » déjà prescrite par le Concile de Tours, tenu sous Alexandre III.

D'autre part, la procédure des Cours d'Eglise est peut-être moins compliquée que celles des Cours Laïques mais elle se fait par écrit tandis que la seconde est presque entièrement orale.

Elle exige moins d'auditions de témoins et par conséquent moins de déplacements, mais elle comporte, en revanche, beaucoup plus de frais de rédaction, d'honoraires d'avocats, de juges et de notaires.

Enfin, au début de l'Ancien Droit, le duel judiciaire étendu par Charlemagne et Louis le Débonnaire des matières criminelles aux matières civiles, spécialement dans les Cours laïques, permet aux plaideurs d'éviter l'appel qui est en lui-même une source considérable de frais. Dès lors, ceux-ci sont réduits et c'est une raison pour laquelle la règle de la condamnation n'est pas appliquée dans ces cours laïques alors qu'elle l'est dans les cours de « Chrestienté » en dépit de cette règle importante posée par les Conciles : « *Justicia gratuita esse debet* ».

C'est donc le caractère écrit et formaliste de la procédure en même temps que l'institution de l'appel qui justifiaient la condamnation des dépens déjà prescrite par les textes romains.

Pour ce qui est de l'amende, il est certain qu'anciennement les juges ecclésiastiques ne pouvaient y condamner mais peu à peu ils y arrivèrent quoique n'ayant « pas de fisque ni de territoire » à condition qu'ils l'assignent « à quelque pieux usages tels aux Cordeliers, aux prisonniers, à la fabrique de telle Eglise selon l'Ordonnance de 1539 et cela afin que l'Evesque ou l'Archevêque ne l'embourse pas ! » (1).

(1) LOYSEAU, *Livre des Seigneuries et des Justices Ecclésiastiques*, Chap. XV, n° 44 et 45.

Les pays de Droit Ecrit soumis en tout point de droit à l'influence romaine admettaient également la condamnation de la partie perdante. En plus de la règle il y avait une imitation parfaite de la procédure romaine du *sacramentum*. En effet, chaque partie était tenue de déposer au juge, au début du procès, le 1/10^e de la valeur de la chose litigieuse. La partie gagnante reprenait sa somme ainsi que celle du perdant qui représentait la peine du plaideur téméraire.

Telle était la législation en matière de dépens des juridictions ecclésiastiques et des Pays de Droit Ecrit qui avaient subi l'influence romaine.

§ 4

LA CONDAMNATION AUX DÉPENS DANS LES PAYS COUTUMIERS LA PRATIQUE DES JURIDICTIONS LAIQUES

Nos anciens auteurs tels que Beaumanoir et Loyseau nous affirment au cours de leurs ouvrages : « on ne payait pas de dépens en court Laye ». C'est l'intitulé même d'un titre de paragraphe du « *Livre des Seigneuries* » (1).

Il n'est pas inutile en développant cette règle de jeter un coup d'œil sur l'organisation judiciaire. Nous en trouvons des données intéressantes dans un ouvrage de M. Glasson et chez le célèbre historien Fustel de Coulanges (2).

Les auteurs plus récents qui ont étudié l'organisation judiciaire dans la période féodale et coutumière ne nous parlent pas spécialement des dépens de procédure (3). Ils mentionnent seulement que les procureurs et autres agents d'affaire s'arrangeaient pour rendre le cahot de la procédure inextricable et

(1) LOYSEAU, *Livre des Seigneuries*, Chap. XV, n° 56.

(2) *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, E. GLASSON, p. 272.
Recherche sur quelques problèmes d'Histoire, FUSTEL DE COULANGES, p. 493.

(3) C'est ce que nous enseigne simplement M. CHÉNON : *Histoire du Droit Français Public et Privé*. Société du Recueil Sirey, Paris 1926, 2^e p., p. 886 et 887.
Dans ESMEIN : *Hist. du Droit Français*, éd. 1912, Recueil Sirey, on note également que des généralités sur les profits et droits de justice : p. 88, 302, 470.

faire une « proufitable » consommation de parchemin, que les plaideurs se ruinaient donc en frais et devaient faire preuve d'une patience méritoire !

Sous les Mérovingiens, le Tribunal de la Centaine était présidé par le *thunginus* ou *Centenarius* (graffi ou comes) et tenu par les rachimbourgs. Ce tribunal ou *mallus*, seule juridiction ordinaire était en principe compétent pour toutes les affaires civiles ou criminelles, qu'il s'agit de Romains ou de Francs.

Le premier auteur nous montre que les mesures d'exécution du condamné allaient de pair avec la réparation des torts causés par le procès.

Lorsque le jugement était rendu, la partie qui avait succombé devait prendre l'engagement solennel de s'exécuter. Cette exécution était aux mains du graffio qui pouvait recourir à des mesures d'exécution forcée et notamment faire mettre hors la loi ou faire tuer !

Parallèlement, ainsi que nous ledit M. Glasson, le roi était avant tout protecteur de la paix publique. C'était à lui ou à ses représentants que l'on payait « le *fredus* » que nous avons déjà étudié et qui était la réparation du trouble apporté à la paix (1).

Nous trouvons là l'image de la période Romaine où la « *poena* » était versée à « l'*Aerarium* » (2).

Il ne s'agit pas là de véritables dépens de procédure ni de frais nécessités par l'instance comme nous trouverons bientôt. Il ne s'agit là que d'une peine. Aussi les juridictions laïques appliquaient le principe qu' « on ne rend pas de dépens en Court Laye ».

A. — De la règle « on ne rend pas de dépens en Court Laye ».

B. — Sa disparition.

A. — De la règle « on ne rend pas de dépens en Court Laye ».

Beaumanoir, dans « Ses Coutumes de Beauvaisis », nous parle des dépens avec son élégance habituelle au chapitre de « La Tricherie » (3).

(1) Les sagebarons établis auprès de chaque centaine aidaient le comte à percevoir le *fredus* au profit du fisc royal.

(2) C'est encore un argument qui nous aidera à fonder l'art. 130 du C. de proc. civ. sur la notion de peine.

(3) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis* « De Tricherie ». Chap. 33, t. I, n° 989 et 997.

D'après lui, « l'on appelle tricherie tout ce qui est fet a escient par mençonge que l'on veut afermer par vérité pour autrui grever » et il ajoute : « toutsoit-il ainsi que l'en ne mette pas à son pourfit ce qui par la Tricherie est gaigné ». C'est bien là le cas du plaideur qui, sachant sa cause mal fondée, essaye quand même de la faire triompher. Les dommages qui correspondent au « *damnum litis* » romain et qui résultent de la tricherie doivent être rendus en Court Laye et en Court de Chrestienté mais pour ce qui concerne les frais du procès Beaumanoir pose aussitôt leur réglementation au sujet des deux juridictions. Alors qu' « en la Cour de Chrestienté les rent (les dépens) cil qui enchiet de quelque cause que ce soit », comme nous l'avons vu précédemment « les dépens qui sont fet en plet ne rent l'en pas par la Coustume de la Court Laye ».

Au sujet « des plégeries et des damages » il envisage encore « les damages qui sont à rendre en la Court Laye » (1). Son numéro 1312 est un principe identique à notre article 1382 du Code Civil reporté dans les domaine des procès. « Qui met autrui en plegerie il le doit délivrer de la peine de cous et de damages aussi nettement comme il l'était quant il fut mis en la plevine ».

Comme les dépens ne se rendaient pas en Court Laye celui qui y triomphait avait ensuite une action devant la cour d'Eglise pour se dédommager de ses dépens : « ...Car puisque la Court Laye ne fait rendre ses damages elle peut bien et doit souffrir que cil qui eut les damages à tort les pourchace par la Court de Chrestienté » (2).

C'est ce que Cujas affirme de la même façon (3).

La règle, cependant, n'est pas pour notre auteur d'une rigueur absolue. En effet, dans le chap. « Des damages » il cite l'exemple d'un plaideur qui requiert des cous en Justice, non seulement pour sa dette mais pour payer les journées de ses témoins, toujours ajoute-t-il « *quoique par générale coustume l'on ne rent pas damage de plet en Court Laye* ».

Le principe de la non condamnation est aussi nettement af-

(1) BEAUMANOIR, op. cité, t. 2, chap. 43, n° 1312, 1337, 1338.

(2) BEAUMANOIR, op. cité, t. 2, chap. 43, n° 1340.

(3) Celui qui avait gagné sa cause pouvait agir pour ses dépens et dommages en Cour d'Eglise.

firmé par Loyseau qui traite la question dans le « *Livre des Offices* » (1) « Les juges ne prenaient anciennement rien des parties, aussi n'y avait condamnation des dépens ». C'était donc une ancienne Coutume ou « stile des justices de France » qu'il n'y avait point de condamnation aux dépens pour celui qui gagnait sa cause.

Nostre usages ne fait rendre nus dépens à partie repete en plusieurs endroits de « Son Conseil » Pierre de Fontaines (2). « Mais cet usage fait rendre en revanche des amendes aux hommes de la Cour, ainsi paraît-il que la 1/10^e partie de la chose controversée, quoique cette pratique soit surtout répandue en pays de Droit Ecrit (3). Elle est d'ailleurs empruntée à une Constitution de Diocletien au Code Hermogénien.

On peut donc affirmer que le Droit Coutumier primitif ne faisait point payer les dépens au plaideur qui avait perdu son procès. Cet usage n'existait pas non plus chez les Germains.

B. — *La disparition de la règle coutumière pratiquée par les juges laïques*

Le Droit Canonique, on l'a vu, avait adopté en se référant à la législation romaine le principe du remboursement des frais du procès et cette idée si équitable ne pénétra que lentement dans le Droit Coutumier non pas de manière uniforme mais selon les différentes provinces et les différentes sortes de procès.

Ainsi, dans le Droit Orléanais, on commence à admettre le principe de façon certaine pour 4 cas seulement (4).

Il en est de même pour le Droit Angevin.

En 1280 on trouve des décisions conformes à la règle ro-

(1) LOYSEAU, *Des offices*, Livre I, chap. VIII, n° 24 et 25.

(2) *Le Conseil*, de P. de FONTAINES ou *Traité de l'Ancienne Jurisprudence Française*, par J. MARNIER. Chap. XXI, § 10 et Chap. XXII, § 15.

(3) MARCUFLE, *Formules*, chap. XX, § I, 1 et LOYSEL. *Institutes*, par DUPIN et LABOULAYE. Livre VI, titre III, n° 859, « Des Jugemens ».

(4) *Etablissements de St-Louis*, par Paul VIOLLET, t. I, p. 215 « Des dépens ». Ces 4 cas sont :

1 — Celui de bataille vaincue.

2 — Celui de défaut prouvé.

3 — Celui d'instance renouvelée sur chose jugée.

4 — Celui de procès perdu sur complainte de nouvelle dessaisine.

maine (1) qui fait peu à peu son chemin dans les diverses coutumes.

En 1297, le comte d'Astarac est nettement condamné aux dépens selon la Coutume de Toulouse (2).

Ainsi on assiste peu à peu à la pénétration de la règle en pays Coutumiers. Au début il est certain que les vassaux groupés autour du seigneur rendent la justice au manoir. Aussi le procès est instruit rapidement, les frais de déplacement des témoins sont réduits, car la baronnie n'est pas d'une étendue considérable; il y a peu d'écrits et surtout pas d'appel possible.

Chacun paye donc pour soi les frais de sa cause assez minimes. Le duel judiciaire simplifie également l'issue de la contestation.

Mais, au ^{xiii}^e siècle, l'abolition du duel judiciaire par St-Louis, (Ordonnance contre les « batailles » de 1259) la création de plusieurs degrés de juridiction et par suite de l'appel, la multiplicité des officiers de Justice et la rédaction des écrits augmentent beaucoup les dépens. Nous sommes alors à l'origine d'une nouvelle législation.

En 1324, Charles IV le Bel, par une Ordonnance célèbre étend aux Justices Laïques le paiement des frais du procès par le perdant (3). De façon générale cette Ordonnance fut mal suivie et dut être renouvelée par Philippe de Valois, Charles VII en 1424, Charles VIII en 1493 et François 1^{er} en 1535. On peut donc dire qu'en conformité avec le Droit Romain et le Droit canon la charge des dépens fut, dès le début du ^{xiv}^e siècle, imposée au plaideur qui perdait sa cause.

Quel était le but de Charles le Bel ?

Il était double ainsi que nous le trouvons mentionné dans l'Ordonnance : empêcher les procès inutiles intentés par pur esprit de chicane et permettre aux pauvres gens de faire triompher leur bon droit.

(1) Notamment en Champagne. VARIN, *Archives administratives de la ville de Reims*, t. I, 2^e partie, p. 729 et 730.

(2) SACAIZE, *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. 3, p. 37.

(3) Comme pour bien des institutions cette Ordonnance ne fut pas adoptée uniformément dans toutes les provinces. Par exemple il est dit dans *Les Etablissements de St-Louis* qu'en Anjou et dans le Maine ce fut une décision des Grands Jours de 1391 qui généralisa le système. De même BEAUTEMPS-BEAUPRÈS, *Coutumes de l'Anjou et du Maine*, t. I, 1^{re} partie, p. 362, note I.

A côté de la condamnation aux dépens on infligeait aussi au perdant une condamnation aux dommages et intérêts pour punir la calomnie et la témérité.

Il fallut un certain temps cependant pour soustraire le sort des dépens à l'arbitraire des juges, car ceux-ci étaient plutôt portés à continuer la tradition. Dans l'espace d'un siècle environ nous avons assisté à un véritable revirement de principe en matière de condamnation aux dépens. Personne ne l'a mieux décrit que le célèbre sociologue du XVIII^e siècle, Montesquieu, dans son ouvrage le plus célèbre : « *L'Esprit des Lois* » (1). Voici ce qu'il nous dit : « Anciennement, en France, il n'y avait point de condamnation de dépens en Cour *laïe*. La partie qui succombait était assez punie par des condamnations d'amendes envers le seigneur et ses pairs » (2). Selon lui « La manière de procéder au combat judiciaire » limitait également les dépens comme nous l'avons vu.

De plus, « les affaires » finissant sur le lieu même et toujours presque sur le champ et sans ce nombre infini d'écritures qu'on vit depuis, il n'était pas nécessaire de donner des dépens aux parties. C'est l'usage des appels qui dut nécessairement introduire celui de donner des dépens aux parties... Mais lorsque de nouvelles facilités d'appeler augmentèrent le nombre des appels, que par le fréquent usage de ces appels d'un tribunal à un autre les parties furent sans cesse transportées hors du lieu de leur séjour, quand l'art nouveau de la procédure multiplia et éternisa les procès, lorsque la science d'éluder les demandes les plus justes se fut raffinée, quand un plaideur sut fuir uniquement pour se faire suivre, lorsque la demande fut ruineuse et la défense tranquille, que les raisons se perdirent dans des volumes de paroles et d'écrits, que tout fut plein de suppôts de justice qui ne devaient point rendre la justice, que la mauvaise foi trouva des conseils là où elle ne trouva pas des appuis, il fallut bien arrêter le plaideur par la crainte des dépens. Et Charles le Bel fit là dessus une Ordonnance générale ».

(1) MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, « Des dépens ». Livre 28, chap. 35.

(2) Des juristes voient dans notre amende de « fol appel » introduite par une Ordonnance de François 1^{er} dans les pays de Coutumes une survivance de ces amendes de justice.

Ainsi était parfaitement résumé cet état de l'Ancien Droit qui devait nous amener à l'Ordonnance de 1667 qui a servi de base à notre Code de procédure civile.

§ 5

LE DERNIER ÉTAT DE L'ANCIEN DROIT ET L'ORDONNANCE DE 1667

Nous arrivons à la célèbre Ordonnance de 1667, rendue par Louis XIV pour les Matières Civiles à St-Germain-en-Laye. C'est son titre XXXI qui traite « Des dépens » et comprend 33 articles.

Voici l'art. 1^{er} contenant le principe de l'art. 130 du Code de procédure.

« Toute partie soit principale ou intervenante qui succombera, même aux renvois, déclinatoires, évocations ou règlement des juges sera condamnée aux dépens indéfiniment nonobstant la proximité ou autres qualités des parties sans que sous prétexte de quitte, partage d'avis ou pour quelque autre cause que ce soit elle en puisse être déchargée. Défendons à nos Cours de Parlement, Grand Conseil, Cour des Aides et autres de nos Cours de Requête de notre Hôtel et du Palais et à tous autres juges de prononcer par hors de Cours sans dépens. Voulons qu'ils soient taxés en vertu de notre présente Ordonnance au profit de Celui qui aura obtenu définitivement encore qu'ils n'eussent été adjugés, modérés, liquidés ni refermés. »

Il découlait de ce texte que :

- 1) Toute partie perdante devait être condamnée aux dépens.
- 2) Les juges ne pouvaient prononcer hors cours sans dépens.
- 3) Les dépens devaient être taxés au profit de celui qui avait obtenu gain de cause (1).

(1) Presque tous les articles du Titre 31 de l'Ordonnance traitent de la taxe.

4) La compensation était interdite et défense était faite au juge de la prononcer sous aucun prétexte.

En réalité les juges, grâce à leur pouvoir discrétionnaire, usaient quand même de la compensation, qui était comme de nos jours une exception à l'art. 130.

A côté de cela Pothier reprenant l'Ordonnance dans son *Traité de procédure* nous signale le cas où le Ministère Public est seul partie contre quelqu'un car dit-il « on ne le condamne pas aux dépens lorsque le défendeur est renvoyé de sa demande et on ne lui en adjuge point contre le défendeur qui succombe » (1).

Comme en général pour tout principe aussitôt que le principe de la condamnation avait été admis selon l'Ordonnance de Charles le Bel on avait noté des exceptions qui ne nous paraissent pas reproduites pour la plupart dans l'Ordonnance de 1667 (2).

Cette Ordonnance de 1667 devait définitivement poser le principe de la condamnation aux dépens. Cent trente-neuf ans plus tard le Code de procédure civile répétait dans son article 130 : « *Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens.* »

La Révolution n'avait évidemment pas modifié ce principe si équitable déjà prescrit par les premiers juristes.

Elle avait en revanche décrété depuis le 4 août que la Justice était gratuite et que l'Etat seul devait salarier les juges.

La Convention par le décret du 3 Brumaire An II avait voulu simplifier la procédure et partant de là rendre les procès moins onéreux.

Malgré cela les dépens des procès restaient dans la plupart des cas une lourde charge. Il était juste que celui qui triomphe soit en attaquant soit en se défendant en soit exonéré; si ces pos-

(1) POTHIER, *Traité de proc. civ.*, t. X des *Traités*, n° 409 à 413.

(2) Ces exceptions étaient selon Paul FOURNIER : *Histoire des officialités* « les Dépens », chap. V : 1° lorsque le coutumax gagne son procès il n'en est pas moins condamné aux dépens.

2° Le juge n'est pas obligé de condamner le perdant aux dépens si son adversaire ne le demande pas.

3° Celui qui a invoqué sans succès une exception dilatoire doit payer les frais faits pour obtenir l'interlocutoire qui a écarté l'exception quand bien même il gagnerait le procès.

sibilités ne le lui permettaient pas l'Assistance Judiciaire venait remédier à cette situation comme elle le fait encor de nos jours.

Aussi, lors de la rédaction du Code de Procédure l'art. 1^{er} du titre 31 de l'Ordonnance de 1667 passa sans discussion (1) et selon l'avis favorable de Napoléon sous une forme condensée dans le Livre II de la première partie.

Depuis lors l'art. 130 n'a jamais été modifié et à cause même de sa logique il est difficile de prévoir qu'il le soit dans l'avenir. Il fait partie de ces règles de Droit, souvent inébranlables parce qu'elles prennent leur source chez les empereurs romains. Il n'est en effet que la traduction du « *victus victori condemnandus* » inscrite dans le Digeste.



(1) Dans son rapport fait au Corps législatif sur la matière le Tribun FAURE écrivait : « Je m'abstiendrai de parler des dispositions qui traitent des restitutions des frais et dépens; on ne pourrait en faire l'analyse sans répéter les articles mêmes ».

SECONDE PARTIE

*RECHERCHE DU FONDEMENT
DE LA
CONDAMNATION AUX DEPENS*

CHAPITRE PREMIER

LA CONDAMNATION AUX DÉPENS

FONDEE SUR LE CONTRAT OU LE QUASI-CONTRAT

§ 1

LES DÉPENS ET LE CONTRAT JUDICIAIRE

Nous avons ici une conception directement inspirée du droit civil. La procédure se pénètre du droit civil pour expliquer une de ses règles. Assez nombreux sont ceux qui considèrent le procès comme un contrat dans lequel les plaideurs s'engagent à payer les dépens dans le cas où leurs conclusions seraient rejetées. On a pu dire qu'il y avait un « compromis qui plaçait les parties dans une situation semblable à celle où elles seraient si elles avaient paru devant un notaire pour y souscrire l'engagement mutuel de satisfaire l'une envers l'autre aux condamnations qui seraient prononcées par le juge sans reporter la dette à une autre cause ».

Un parallèle s'établit entre la condamnation aux dépens dans le domaine pénal et dans le domaine civil. En matière pénale il naîtrait un *contrat social* fondé sur l'idée de réparation envers la société. En promettant tacitement de s'acquitter des dépens l'individu « s'engage envers l'autorité publique qui le protège, à réparer le tort qu'il a pu causer à l'un des membres de la collectivité ».

En matière civile au contraire on a un contrat privé, un contrat qui naît entre les parties par cela seul « qu'elles se présentent devant la justice pour obtenir droit ».

Ceux qui soutiennent ce fondement de la condamnation aux dépens ne manquent pas d'invoquer la pratique romaine. On

retrouve les termes mêmes du contrat judiciaire dans les textes de Valère Maxime et de Cicéron (1). La procédure *in jure* exigeait en effet durant tout son développement la présence constante des parties ainsi que leur consentement; celui-ci est particulièrement manifeste lors de l'acceptation de la formule sous la procédure formulaire. La *litis contestatio* est une forme de contrat : elle n'est pas autre chose que l'acceptation par les plaideurs de la formule écrite que le magistrat leur propose (2). Elle suppose donc un accord des plaideurs dans les termes mêmes de la formule qu'ils acceptent : c'est l'acte par lequel les parties conviennent de soumettre leur différend dans les termes de la formule au jugement d'un juré. Elle marque le moment où le procès est définitivement lié et le différend constaté. C'est un contrat judiciaire, un compromis qui d'après Wlassak remplace l'ancienne convention d'arbitrage (3).

A propos d'un arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 2 juin 1908 (4), M. Tissier a étudié le contrat judiciaire. Pour lui, c'est une formule vague et commode dont on a un peu abusé. Dans un sens précis, le contrat judiciaire est un contrat passé en cours de l'instance devant le juge qui en donne acte. Les plaideurs se mettent d'accord sur la solution du litige ou sur un point litigieux : leur accord résulte d'observations orales échangées à l'audience ou des conclusions écrites. Le juge leur en donne acte; il y a contrat judiciaire.

Un contrat judiciaire peut ainsi avoir des objets très variés. Il peut contenir une transaction, un acquiescement à la demande; il peut être étranger au fond du procès et avoir trait seulement à l'instance, par exemple avoir pour objet la prorogation de la

(1) *Judicio contrahi, lites contrahendas, lites contractas* ou encore *in judicio contrahuntur*.

(2) Le magistrat, à la fin de l'instance, rédige la formule et la remet au demandeur. Celui-ci la tend au défendeur (*edere judicium*) qui l'accepte (*accipit judicium*) le mot *judicium* ayant le sens de formule. N'est-ce pas là un contrat par excellence ?

(3) C'est ce caractère même du contrat qui explique l'effet consumptif et régulateur et surtout l'effet créateur de la *litis contestatio*; immédiatement après elle, apparaît en effet dans tous les cas (délit, contrat, droits réels) un droit nouveau-né du contrat judiciaire et qui est toujours un droit de créance tendant à la condamnation à une somme d'argent car dans la période romaine du droit classique la condamnation est toujours pécuniaire.

(4) S. 1909, 1, 305.

compétence du juge, la renonciation à l'appel, le désistement. Des contrats judiciaires se forment très souvent en référé ou devant le juge de paix. Et une jurisprudence ancienne considère l'admission d'une créance au passif d'une faillite, quand il n'y a pas contestation comme un contrat judiciaire passé entre le créancier et le syndic et dont le juge donne acte (S., 1905, 1, 433). Le contrat doit être passé sous forme solennelle sinon il n'existe pas. Un arrêt, déjà ancien, de la Cour de Cassation du 9 juillet 1845 (1) donne cette formule : « Pour que le contrat judiciaire soit parfait et produise ses effets légaux il faut que l'une des parties s'oblige, que l'autre accepte et que cet engagement réciproque soit constaté par le juge. » Le contrat judiciaire doit ainsi satisfaire quant au fond aux conditions d'existence et de validité du contrat; dans la formule il est soumis aux règles des jugements.

L'ancienne jurisprudence désignait volontiers sous le nom de contrat judiciaire « le rapport que crée l'instance entre les parties ou l'effet obligatoire du jugement ». M. Garsonnet écrit encore que le contrat judiciaire consiste dans l'engagement réciproque contracté par le plaideur de rester en cause jusqu'au jugement et de le subir quel qu'il soit ou encore que le contrat judiciaire résulte de l'échange des conclusions.

Dans un arrêt (2) on lit qu'après le débat lié par les conclusions prises « il s'est formé entre les parties litigentes un véritable contrat judiciaire qui les lie l'une à l'autre ».

A tout cela on peut ajouter que des jugements tels les jugements convenu ou d'expédient sont de véritables contrats judiciaires ainsi que l'acquiescement.

Qu'est-ce qu'acquiescer en effet ? (3). C'est reconnaître de la part du défendeur que la prétention du demandeur est fondée. On ne peut nier que les deux volontés s'accordent ici pour aboutir à un jugement reconnu valable des deux côtés de la barre. De même que pour les contrats, il n'y a aucune restriction à l'acquiescement quand l'ordre public n'est pas intéressé; il faut seulement une certaine capacité et un certain pouvoir. Il y a

(1) S. 1845, I, 729.

(2) Cass., 9 mai 1900, S. 1900, 5, 33. De même Rouen 11 mars 1910. D. P. 1911, 2, 140.

(3) GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité de proc. civ.*, éd. 1929, t. 2, p. 597.

donc une véritable manifestation de volonté impliquant renonciation aux voies de recours (1). Enfin l'acquiescement peut revêtir toutes les formes du contrat.

On peut noter en passant que dans tous les cas l'acquiescement à la demande implique l'obligation de payer les dépens engagés par le demandeur, et que celui-ci pourrait poursuivre l'instance pour obtenir condamnation aux dépens s'ils n'étaient pas payés volontairement (2).

Certains jugements apparaissent également comme de véritables contrats judiciaires, ce sont les jugements convenus ou d'expédients, ou d'accord.

Il arrive parfois qu'un jugement est rendu par un tribunal ou une cour d'appel après accord des parties. Il est préparé par elles ou plus exactement par leurs avocats et avoués, puis accepté par le tribunal et rendu dans la même forme que les jugements ordinaires. C'est ainsi qu'une transaction ou qu'un partage peuvent faire l'objet d'un jugement convenu. Il arrive même qu'un procès ait été simulé (3) en vue de donner à un arrangement la forme et l'effet d'une décision judiciaire et lui procurer ainsi plus de solidité (4).

La jurisprudence, dans certains arrêts, a contesté la validité de ces types de contrats judiciaires (5). Elle dit parfois : il y a

(1) Il peut y avoir acquiescement que sur certains chefs du jugement et l'on peut ainsi se réserver les voies de recours pour les autres chefs.

(2) GLASSON et TISSIER, id., p. 597.

(3) Cette simulation est elle-même laissée à l'appréciation du juge et c'est d'elle que dépend la validité du jugement d'expédient.

(4) C'était une pratique très répandue dans l'ancienne procédure du Châtelet de Paris. Elle s'est maintenue bien qu'aucun texte de loi n'y fasse allusion. On aurait pu soutenir et décider que cette pratique est en dehors de la loi et que les tribunaux ne sont pas chargés de donner sous forme de jugements l'authenticité et la force exécutoire aux conventions des parties. La pratique ne paraît pas avoir été sérieusement contestée mais elle compte tout de même ses adversaires. GLASSON et TISSIER, *Traité de proc. civ.*, t. 3, p. 20.

(5) *Sirey* 1909, I, 306, note TISSIER. Certains civilistes entendent distinguer les véritables jugements convenus résultant de la simulation d'un litige des décisions se bornant à constater l'accord des parties et à leur en donner acte et qui sont les types mêmes de contrats judiciaires soumis aux *voies de nullité et non de recours*.

Cass, 29 avril 1912. (S. 1913, I, 185).

8 juillet 1925. (S. 1925, I, 160).

21 déc. 1932. G. P., 9 fév. 1933.

Egalement Civ., 11 nov. 73. (S. 74, I, 372) : jugement d'accord consistant en l'homologation d'une convention.

jugement et non contrat. Nous pensons cependant qu'il y a là tous les éléments et par suite l'existence de contrats. La question de savoir si l'instance elle-même est un contrat est, nous dit-on alors, un problème semblable.

L'acquiescement et le jugement d'expédient servent à nous montrer que très souvent l'instance est un contrat incontestablement et les partisans du contrat judiciaire se servent de cet argument pour conclure qu'en réalité elle l'est toujours, mais de façon moins apparente.

En tout cas, on peut observer que cette pratique est créée uniquement dans l'intérêt des parties qui cherchent par exemple à obtenir l'hypothèque judiciaire et l'autorité de la chose jugée dans de nombreux cas. En faveur de l'hypothèque judiciaire découlant du contrat judiciaire, on cite l'art. 2117 du C. Civ. qui attache cette hypothèque aux jugements et *aux actes judiciaires* et on ajoute la pratique de l'Ancien Droit. Ces idées s'accordent avec le développement de la juridiction gracieuse (1).

§ 2

LES CRITIQUES ADRESSÉES A CE FONDEMENT

S'il en était ainsi à Rome, le procès ne paraît présenter aujourd'hui qu'exceptionnellement la forme du contrat.

L'idée de contrat judiciaire peut être utile pour expliquer certaines règles de procédure mais on ne pourrait faire de la condamnation aux dépens une de ses conséquences.

Cass. Requête 10 juillet 95. (S. 97, I, 132) : « Par ce jugement il y a contrat judiciaire formé entre les parties pour acquiescer d'avance à la décision intervenue (443 C. proc. Civ.).

Toulouse, 24 janv. 85 (D. 86, 2, 73).

Bordeaux. 2 mai 95 (S. 1897, 2, 167).

Grenoble. 16 déc. 1902 (S. 1904, 2, 143 et 18 fév. 98. D. P. 98, 2, 439, D. P. 1904, 2, 5).

Rouen. 13 juil. 1917. Sous Cass., 11 déc. 1918 (D. P. 1921, I, 172).

(1) On a aussi pu voir un contrat judiciaire dans le jugement de conversion de la saisie immobilière en vente volontaire. Il y a bien accord des parties mais ensuite il y a œuvre du juge.

Le procès, de nos jours, est loin de la notion de contrat envisagée dans le Code civ. Il est difficile en effet d'y voir « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, faire ou ne pas faire quelque chose ». Même dans le cas où l'analogie pourrait s'établir, l'instance n'apparaît pas comme un contrat parfait à cause de toutes les conditions essentielles à la validité des conventions, sinon très exceptionnellement (1).

Où trouver précisément le consentement de la partie qui s'oblige ? et à quelle phase du procès placer le contrat ?

Si le défendeur comparait le plus souvent, n'est-ce pas pour éviter les conséquences du défaut ou de la saisie ? De même qu'à Rome si le défendeur comparaissait régulièrement c'était aussi le plus souvent pour éviter les conséquences désastreuses et particulièrement dures de la *missio in possessionem*.

Nous voyons que les conditions essentielles à la validité des conventions ne se retrouvent pas toujours dans un procès. En effet, voit-on souvent un consentement même tacite du défendeur ? Nous ne sommes pas toujours en matière d'acquiescement ou de jugement d'expédient et souvent le défendeur, lorsqu'il est régulièrement assigné, refuse de comparaître et se laisse condamner par défaut.

Certains ont même objecté que tout contrat serait impossible avec un incapable appelé en justice (2). Il y a des cas où le perdant paye non seulement sans le vouloir mais alors qu'il est contraint et forcé ; notamment, il y a des hypothèses où tout acquiescement est interdit, par exemple dans les matières où l'ordre public est en jeu.

On peut remarquer que la théorie du contrat ne serait pas davantage soutenable s'il n'y avait que des débats contradictoires, car, même dans ce cas, on peut comparaître en justice non seulement sans l'avoir voulu mais aussi sans avoir eu la possi-

(1) A notre avis, dit M. TISSIER, cette manière de voir est peu exacte. Il n'y a dans les rapports établis par l'instance entre les parties et dans les obligations qui en résultent rien de contractuel et bien moins encore peut-on dire, que les obligations qui imposent le jugement dérivent d'un contrat judiciaire. C'est légalement et non contractuellement que les plaideurs sont obligés de rester dans l'instance et de subir le jugement.

(2) Ce à quoi on a répondu qu'il pouvait tout de même donner son consentement par l'intermédiaire d'un représentant.

bilità de faire autrement. C'est le cas de celui contre qui est intentée une action d'état.

On doit donc écarter toute idée de consentement, au moins de consentement express et par suite de contrat. « Il y aurait dans l'application qu'on voudrait faire du contrat judiciaire à la dette des dépens un artifice, une fiction toute gratuite, artifice et fiction qu'on a tendance aujourd'hui à éliminer de notre droit » (1).

Quant au contrat social retrouvé en droit pénal on a pu répondre qu'il y avait là « une pure utopie ».

Ailleurs on peut lire (2) : « la théorie du contrat judiciaire n'est de son côté qu'une fiction inadmissible dans notre droit où le caractère contractuel est absent des procès, rien ne justifie son emploi pour résoudre la question que nous venons d'examiner ».

Un auteur italien s'est également élevé contre l'extension de conception du contrat judiciaire (3). Pour lui, il y a là une illusion de simplicité qui, en réalité, est assez dépourvue d'exactitude. Il nous faut donc rechercher un autre fondement à la condamnation aux dépens et pour cela tenter de pénétrer dans un domaine voisin du contrat, c'est-à-dire celui du quasi-contrat judiciaire.

(1) PHILIP. Thèse Aix 1927. *Les dépens et les frais d'une instance civile*.

(2) BOURIGNON. Thèse Bordeaux 1902. *Les frais de Justice en matière civile et commerciale*.

(3) DIANA : « Sul cosiddetto contratto giudiziale dans la petite bibliothèque du moniteur dei tribunali. (1901, n. 50, p. 12, § 4). « Questo impulso all'allargamento del contratto giudiziale è dovuto ad un indirizzo persistentemente e secolarmente formalistico della nostra materia, à dovuto all'influsso di procedimenti vietati e repudiati, ad una tendenza di quietismo che ricorre anche nelle discipline giuridiche nelle quali quei sistemi che presentano un'apparente semplicità sogliono trovare più seguito di quel che meriterebbero e meno critici di quel che sarebbe necessario. La disciplina degli istituti processuali sotto le regole del contratto era per eccellenza atta a presentare siffatta illusione di semplicità come quella che evitava un soverchio studio della nozione dei rapporti processuali colla semplice applicazione della regola del diritto privato al processo : tutto veniva in tal maniera mirabilmente risoluto... ».

§ 3

LA DETTE DES DÉPENS ET LE QUASI-CONTRAT JUDICIAIRE

On sait que le quasi-contrat judiciaire qui avait parfaitement sa raison d'être dans le droit Romain a créé une division entre les romanistes dans l'Ancien Droit Français. Pour Doneau et Vinnius qui en sont partisans ainsi que Jean Voet, le défendeur est présumé accepter l'instance même à son corps défendant. Il s'engage à subir le jugement et par conséquent, s'il est vaincu, à payer les dépens. De son côté, le demandeur accepte l'issue du procès, même si elle lui est défavorable. Donneau dit que « le procès appartient désormais aux deux parties » et Jean Voet prétend que l'on quasi-contracte par le *judicium* (1). Il apparaît que la prestation et la délation du serment servent de base au quasi contrat judiciaire (2). Bartole déclare qu'en lui il n'y a pas consentement express véritable, mais consentement présumé, consentement fictif et cette fiction est une fiction légale.

Pour lui, la loi peut bien ici sous entendre un consentement puisque, dans d'autres cas, elle suppose un véritable contrat alors qu'il n'est intervenu qu'un accord de volonté.

C'est cette idée de quasi contrat judiciaire qui a été reprise plus récemment à propos de l'instance. *Le consentement express* apparaissant, ainsi que nous venons de le voir, incompatible avec l'idée de procès, on a songé au *consentement tacite*. N'y a-t-il pas, dit-on, entre les deux plaideurs consentement tacite de voir se développer la contestation, et on aboutit ainsi à la théorie

(1) Avec les Bartolistes on compte deux et même trois quasicontrats judiciaires. Il y a surtout des divergences quand il s'agit de savoir d'où naît le quasi-contrat. Certains disent qu'il sort de la *litis contestatio* d'autres de la sentence qui engendre l'action *judicati* ou encore de l'*interrogatio in jure*. Le point n'est donc pas très net et le plus souvent on se borne à écrire que *in judicio quasi contrahitur* qu'il y a un quasi contrat dans le *judicium* sans préciser au juste ce que l'on entend par là.

(2) J. FABER, *Commentaire sur les Institutes* : « Potest dici quod delatione et presentatione juramenti oritur quaedam obligatio quasi-contractus est » : on peut dire que de la délation et la prestation du serment sort une obligation car celui-ci est un quasi-contrat. »

du quasi-contrat (1). Du fait pour deux individus de se présenter devant le magistrat résulte un *état de droit* d'où peuvent naître *des obligations*. L'indivision nous fournirait, en droit civil, l'exemple d'une situation analogue ainsi que les obligations de voisinage. On admet qu'entre les parties qui s'engagent dans un procès un quasi-contrat se forme et que les plaideurs s'obligent tacitement à payer les frais occasionnés par la contestation, ou plus exactement par le jugement destiné à constater un droit préexistant. Lorsqu'une instance est engagée, dit-on, le procès appartient désormais aux deux parties. Lorsqu'un jugement est intervenu il en résulte un certain nombre d'obligations qui se ramènent à son exécution. On prétend que, de cette soumission à la juridiction régulièrement saisie et de cette obéissance à la décision rendue, naît un quasi-contrat : le quasi-contrat judiciaire; chacun des plaideurs est présumé accepter le procès et son issue (2).

Cette théorie du quasi-contrat appliquée au fondement de la condamnation aux dépens a paru satisfaisante à certains. Elle est établie d'autorité par M. Cuhe, contestant déjà en 1909 à ce propos l'opinion de la jurisprudence qui s'appuyait alors sur la notion de peine. « S'il fallait exprimer ma préférence, dit M. Cuhe, (3) pour une opinion en ce qui concerne le fondement de la condamnation aux dépens je chercherais ce fondement dans une idée de quasi-contrat. N'a-t-on pas actuellement une tendance à reconnaître un quasi-contrat toutes les fois que plusieurs personnes se trouvent ensemble dans une situation exceptionnelle ou embarrassante: quasi-contrat d'indivision, quasi-contrat de vicinité... De même, deux plaideurs qui se font un procès sont dans une *situation quasi-contractuelle d'où naît l'obligation pour le perdant de payer une partie des frais du gagnant.* »

On arrive à la solution suivante : le procès n'est qu'un état

(1) De même que lorsqu'on ne peut véritablement invoquer la possession on invoque la quasi-possession ou que l'on crée une action quasi-servienne à côté de l'action servienne.

POTHIER, lui, parle au sujet du quasi-contrat du quasi-consentement.

(2) Voir note au : D. P., 1907, I, 457.

A contrario : D. P., 1911, 2, 140.

(3) Paul CUCHE, *Manuel de proc. civ. et Com.* Ed. 1909, p. 445.

de fait d'où naît, pour le perdant, *comme d'un contrat*, l'obligation de payer les dépens. De cette façon, cette obligation trouve sa source dans le procès lui-même. C'est un engagement qui lie les parties à leur insu et qui, cependant, n'a *aucun rapport* avec le contrat judiciaire dont il a été question précédemment. Il y a un quasi-contrat naissant d'un état de fait qui engendre lui-même un accord tacite. C'est aussi le système établi par M. Glanville (1). Le procès état de fait comme l'indivision crée des droits et des obligations et notamment celle de payer les frais pour celui qui succombe.

§ 4

APPRÉCIATION DU SYSTÈME QUI FONDE LES DÉPENS SUR LE QUASI-CONTRAT JUDICIAIRE

Avant de nous prononcer sur ce système, il nous faut considérer en lui-même le quasi-contrat afin de voir si sa nature et sa portée peuvent s'accorder avec l'instance. Nous touchons par là au problème important qui consiste à se demander si l'instance est un quasi-contrat judiciaire et que l'on retrouve à propos de nombreuses questions de procédure civile.

Tout d'abord, le quasi-contrat figure au titre des engagements qui se forment sans convention. « Les quasi-contrats, d'après l'art. 1371 du C. Civ., sont des faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». A cette définition du code il manque le terme de *licite*. Il s'agit de faits licites sinon on tomberait dans le domaine du délit ou du quasi-délit. Mais on conçoit encore plus facilement

(1) « Le procès peut être comparé à un état de fait semblable à celui qu'établit l'indivision entre deux ou plusieurs personnes; cela est tellement vrai que les pièces produites par l'une ou l'autre des parties leur deviennent communes dans une certaine mesure pendant l'instance et en ce sens que celle qui les apporte au procès ne peut plus les retirer sans le consentement de l'autre... La condamnation aux dépens a donc sa base dans le quasi-contrat si le perdant est de bonne foi » : *Précis de proc. civ.*, GLANVILLE (et COLMET DAAGE), éd. 1902, t. I, p. 373.

la notion du quasi-contrat avec l'art. 1370, al. 2 et al. 4. » Les autres (les engagements) naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé » et le Code nous donne les exemples par excellence du quasi-contrat : la gestion d'affaire et le paiement de l'indu.

Immédiatement, on a pu se saisir de ce texte pour affirmer qu'il n'existait que deux quasi-contrats.

Mais, par contre, on a soutenu que le Code n'avait nullement voulu limiter le champ de cette institution et en donner seulement deux exemples afin de la rendre moins complexe.

En admettant qu'il y ait de nombreux quasi-contrats, peut-on assimiler le lien que lie les deux plaideurs une fois l'instance engagée au lien qui lie le maître au gérant de l'affaire ?

Ainsi, un de mes amis s'est absenté, je fais réparer son toit endommagé par un ouragan ou je paye un de ses créanciers lui évitant une poursuite rigoureuse. Suis-je dans la même situation que si je le cite en justice à propos d'une servitude qui existe entre nos deux fonds.

Certainement non au point de vue intention et consentement; le maître ratifie mon opération à son arrivée. Pour s'exprimer vulgairement je lui ai rendu un service, et en me remboursant mes frais il manifeste son consentement; il approuve ce que j'ai fait. Souvent même il m'exprimera sa gratitude.

Si au contraire, à son retour, il prend connaissance de la citation que je lui ai adressée et se présente en justice au jour dit, une fois même l'instance engagée, où sera le quasi-contrat qui conduira le perdant à payer les dépens et où sera son consentement ? (comme on dit parfois son consentement anticipé ?)

Il est donc difficile de voir un quasi-contrat à la base de la condamnation aux dépens et même ceux qui l'admettent ne peuvent nier qu'en lui-même le quasi-contrat est une notion très critiquable.

Sans vouloir faire ici une critique approfondie des sources des obligations on peut dire que la notion de quasi-contrat à laquelle s'est référé le législateur est « sujette à équivoque et à confusion et nul n'a jamais pu lui assigner un sens exact et précis ». Déjà dans le Droit Romain une certaine obscurité planait sur la question. C'est uniquement par voie de ressemblance avec le contrat que les jurisconsultes avaient essayé d'élaborer

cette notion toute voisine qui demeurerait indécise dans ses contours. Ils remarquaient que certaines obligations résultaient d'actes ou de faits ressemblant seulement à des contrats et ils parlaient d'engagements naissant « *quasi ex contractu* ». M. Josserand (1) a condamné cette notion en ces termes décisifs : « Le quasi-contrat est une sorte de monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique... et l'on comprend que les codes récents, faisant œuvre critique et secouant le joug de la tradition, passent sous silence de prétendus quasi-contrats qui ne répondent plus à aucun besoin ou à aucune réalité tels les codes suisses et allemands » (2).

Après toutes ces critiques, nous estimons que la notion de quasi-contrat doit être employée avec modération. M. Japiot, en critiquant ce fondement de la condamnation aux dépens a trouvé qu'il y avait là quelque chose de trop artificiel pour expliquer la règle de l'art. 130, quelque chose de trop indécis dans ses contours, en un mot « une conception divinatoire ». Pour lui, « la procédure, plus peut-être que le droit civil, s'attarde à ces conceptions divinatoires, à ces fictions ou suppositions qui substituent un mot à un autre ou qui créent de toutes pièces quelque chose d'imaginaire pour en former la base de théories qui ne prennent pas garde à la nature des choses. La fiction du contrat judiciaire qui suppose un consentement là où il n'y a qu'une volonté et une liberté au moins problématiques en est un exemple, mais la tendance à recourir au quasi-contrat n'est aussi qu'une « illusion perdue » (3). Nous avons vu que l'on ne pou-

(1) JOSSE-RAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, t. 2, p. 5 et 6.

(2) D'autre part, pour MM. PLANIOL et RIPERT « l'expression même de quasi-contrat est défectueuse car on ne doit pas dans une classification rapprocher deux choses en prenant pour base un élément qui manque dans l'une d'elles. D'autre part le code prétend distinguer les quasi-contrats des obligations résultant de l'autorité de la loi seule par le fait qu'ils comporteraient un fait personnel volontaire de celui qui se trouve obligé, or celui dont l'affaire a été gérée par autrui est obligé sans avoir rien fait, et celui qui a reçu l'indu n'a pas voulu s'engager ».

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. 6, p. 7 et 8 et t. 7, p. 1 et 2.

(3) Voici le raisonnement que M. JAPIOT propose pour écarter de notre domaine le quasi-contrat trop factice. Au lieu de dire que la loi crée un quasi-contrat il propose de dire que l'obligation naît directement de la loi, ce qui est plus simple et plus naturel, dit-il, que de dire que la loi crée un quasi-contrat lequel crée l'obligation. Il est vrai qu'il propose cette explication parce qu'elle s'accorde avec sa théorie du risque que nous exposerons plus loin.

vaît supposer un contrat derrière l'art. 130. Pourquoi vouloir y supposer quelque chose d'analogue. Ce n'est pas écarter la difficulté mais, bien au contraire, l'accroître.

Plus près de nous, des auteurs qui ont étudié le contrat judiciaire n'ont pu le légitimer, ainsi que le quasi-contrat, de façon plus générale (1).

Cette institution, loin de répondre à un critérium précis, semble masquer la véritable nature juridique des opérations qu'elle abrite. Cette notion qui de l'élaboration byzantine s'est transmise par notre ancien droit jusque dans le Code n'apporte aujourd'hui encore rien pour sa justification. Elle est inutile et c'est, si l'on peut dire, une quasi-explication (2). Elle est également dangereuse en tant que par sa qualification elle provoque une assimilation trompeuse avec le contrat dont elle diffère essentiellement. Elle est fautive parce qu'elle groupe un certain nombre d'obligations très différentes par leur nature et leur origine, les empêchant ainsi de trouver leur place naturelle dans une classification scientifique. « C'était le bassin douteux et mal connu, dit M. Henry Vizioz, dans lequel on jetait autrefois tout ce qui ne rentrait pas dans les autres catégories ». Il faut dire que le quasi-contrat a perdu beaucoup de son importance à mesure que s'est dégagé le rôle de la loi en tant qu'obligation, car celle-ci est beaucoup plus séduisante par sa simplicité. « Il est difficile de trouver des situations qui aient un caractère presque contractuel. Ou bien on est en présence de deux volontés qui s'accordent, ou alors il n'y a qu'une volonté qui intervient, ce qui n'aboutit à aucun résultat au point de vue juridique ».

« Concluons donc, en ce qui concerne la dette des dépens, qu'il n'y a pas lieu de rechercher sa source dans un quasi-contrat, elle naît de la loi et la disposition de la loi s'explique elle-même par l'idée que nous avons exposée, c'est-à-dire par celle du risque ».

(1) GOUBLET, Thèse Paris 1904 : *La notion du quasi-contrat*.

H. VIZIOZ, Thèse Bordeaux 1912 : *La notion de quasi-contrat*.

(2) De même Colin et Capitant, t. 2, p. 253. *Cours élémentaire de Droit Civil*. « Il n'y a pas de notion plus indéfinie que cette dernière. Les jurisconsultes se la transmettent depuis le droit romain sans être arrivés à se mettre d'accord sur son contenu » ; et p. 255 : « mais dans notre droit actuel cette notion d'action quasi-contractuelle n'a plus aucun intérêt, aucune utilité. Et on a déformé l'idée ancienne qui se référait à l'effet des obligations en en faisant le principe d'une classification des sources des obligations comme d'autre part il s'agit d'une conception théorique... il convient de l'abandonner. C'est ce qu'ont fait les codes récents ».

Nous arrivons ainsi à une sérieuse critique du caractère contractuel et quasi-contractuel de l'instance. Par là nous ruinons le fondement de la condamnation aux dépens qui repose sur ces deux notions. Il est impossible de voir un contrat ou un quasi-contrat dans le fait de la comparution des plaideurs en justice et d'où découlerait pour le perdant la conséquence de payer les dépens du procès. C'est donc une autre notion que nous devons rechercher pour justifier l'art. 130. Mais, avant de poursuivre notre étude, nous allons jeter un rapide coup d'œil sur les conséquences pratiques qui ont pu être adoptées par les partisans du système.

Nous allons donc maintenant envisager les principales applications pratiques auxquelles donne lieu la théorie contractuelle des dépens pour ceux qui l'admettaient ou peuvent encore l'admettre. Nous ferons d'ailleurs cette étude pratique après l'exposé de chaque théorie envisagée et cela à propos de quelques problèmes spéciaux tels : la condamnation d'office aux dépens, l'étendue de la condamnation aux dépens, les voies de recours ouvertes dans le cas où le juge a omis de statuer sur les dépens, la solidarité en matière de dépens.

§ 5

CONSÉQUENCES PRATIQUES DU FONDEMENT CONTRACTUEL OU QUASI-CONTRACTUEL DE LA CONDAMNATION AUX DÉPENS

I. — *La condamnation d'office*

Les auteurs qui fondent la condamnation aux dépens sur une idée contractuelle écartent la condamnation d'office. Ils n'y voient qu'une question d'intérêt privé et non une matière où l'ordre public est en jeu. Dès l'instant que les parties se sont entendues entre elles lors du contrat et ont échangé leur consentement sur les conséquences du procès, elles en ont accepté d'avance les bonnes comme les mauvaises et celles-ci n'ont pas besoin d'être imposées. Ici, l'accord même tacite écarte toute condamnation d'office. Si le juge intervient ce ne sera pas en

tant qu'agent de l'ordre public mais pour faire exécuter les termes de la convention expresse ou tacite. Tout caractère de pénalité est écarté. C'est aux parties à conclure. Dans le cas contraire, le contrat ne comportera pas l'exécution de ce point, à moins que le juge interprète le contrat ou quasi-contrat judiciaire et décide que la condamnation du perdant découle de telle conclusion ou de telle démarche de l'une ou l'autre des parties (1). Toujours est-il que, de façon générale, pour que le gagnant soit assuré d'avoir droit aux dépens, il faut, en principe, qu'il ait sollicité cette condamnation dans ses conclusions. On lit dans plusieurs arrêts : « Les dépens n'étant pas une peine, le tribunal ne pourra y condamner le perdant que dans le cas où le gagnant aura conclu de ce chef contre lui ». Ceci s'applique à la théorie du contrat ou quasi-contrat.

II. — *Voies de recours contre la décision qui omet de statuer sur les dépens*

Supposons que les parties n'aient pas conclu sur les dépens, si le juge omet de statuer il ne pourra pas, en principe, y avoir de voies de recours, cette question n'ayant figuré nulle part dans le soi-disant contrat judiciaire (2).

Mais, si les dépens étaient mentionnés dans les conclusions et que le juge omette de statuer il y a possibilité de se servir des voies de recours. Lesquelles ?

En premier lieu, l'affaire est en première instance et contradictoire. On peut recourir à l'appel si le taux de la demande principale le permet contrairement à la pratique de l'Ancien Droit d'après laquelle « appellation n'échet du seul chef des dépens ».

Du moment que l'on peut faire appel sur l'un quelconque

(1) Nous pouvons remarquer que pour certains auteurs les dépens ne sont pas à proprement parler un des chefs de la demande mais plutôt la résultante, la conséquence des autres chefs des conclusions. Thèse Philip, Aix, 1927, op. cité, p. 87.

(2) Ceux qui prétendent que le seul fait de comparaître à l'instance fait découler toutes les conséquences de l'instance notamment entraîne l'art. 130 par une sorte de convention tacite admettent les voies de recours même si les plaideurs ont omis de conclure au sujet des dépens : l'opposition en cas de défaut; l'appel est controversé comme nous le verrons plus loin. Le recours en cassation est écarté car on ne peut trouver ici une violation de la loi. La meilleure solution est une demande nouvelle devant le même tribunal pour obtenir de lui un second jugement.

des chefs des conclusions on peut parfaitement appeler sur les dépens qui sont du nombre.

En second lieu, si l'affaire est en dernier ressort et contradictoire, quelle est la voie de recours possible ?

C'est la requête civile d'après l'art. 480, al. 5 du C. proc. civ. (« ...S'il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de la demande »).

III. — *Solidarité des dépens*

Deux principes concourent à ce sujet : celui d'après lequel les dépens sont personnels et divisibles, et celui d'après lequel la solidarité ne se présume pas. S'il y a plusieurs perdants, bien que la condamnation aux dépens résulte du contrat ou du quasi-contrat judiciaire, on n'a pas là un exemple de solidarité légale. Dans le cas où la solidarité des dépens est mentionnée dans les conclusions la question est tranchée car on a un cas de solidarité conventionnelle.

En principe, la solidarité est bien une dérogation au droit commun par laquelle la situation des débiteurs se trouve aggravée; c'est pourquoi le législateur a ordonné qu'elle ne découlerait que de deux sources; la convention expresse et la loi.

Déjà un arrêt du Tribunal civil de Saint-Jean de Maurienne, du 29 nov. 1889, déclarait que « la condamnation aux dépens n'est pas solidaire et ne peut être exécutée contre chaque opposant qu'à concurrence de sa part ». On ne saurait trouver une raison de prononcer la solidarité des dépens de la part des juges en matière civile et commerciale entre plusieurs co-intéressés contre qui la même solution est applicable, même si l'on voit dans cette solution les conséquences d'un contrat.

IV. — *L'étendue de la condamnation*

Quand les parties ne formulent pas de conclusions au sujet des dépens, on ne peut s'en référer qu'à la tradition créée par la jurisprudence après de longues années. Les parties, en liant l'instance par le fait de leur comparution, sont présumées accepter les dépens, qui leur incomberont en cas d'insuccès dans leur cause.

Quoiqu'il y ait accord tacite des parties, elles ne peuvent rien modifier, à leur gré, sinon un même procès intenté en des lieux différents par des plaideurs différents n'entraînerait pas les mêmes débours.

La nature de la condamnation aux dépens n'a donc pas ici d'influence sur son étendue, car alors le principe de l'égalité dans la justice ne serait pas respecté.



CHAPITRE II

LA CONDAMNATION AUX DEPENS FONDEE SUR L'IDEE DES DEPENS ACCESSOIRES DE LA DETTE PRINCIPALE

§ 1

EXPOSÉ DE CETTE THÉORIE

Les dépens peuvent être considérés comme un accessoire de la dette principale. On a prétendu qu'ils suivaient son sort selon l'adage « *accessorium sequitur principale* ».

Cette théorie est surtout soutenue par ceux qui veulent que les co-débiteurs solidaires succombants soient condamnés solidairement aux dépens.

Elle a le mérite d'être simple, de réaliser un accord entre ce qui est dû par l'effet de la demande et d'après les conséquences de cette demande, c'est-à-dire les dépens et autres frais de procédure. Aussi, cette idée s'est retrouvée dans certains arrêts. Nous lisons notamment dans un arrêt de la Chambre des Requêtes (1) : « Toutes les parties figurant dans un acte produit en justice sont tenues solidairement au paiement des droits dont cet acte est passible. Au cas d'instance, la solidarité de la condamnation principale, prononcée pour lesdits droits, entraîne la solidarité des dépens qui en sont l'accessoire ».

Nous trouvons également en cette matière un arrêt important de la Cour de Grenoble confirmant lui-même un arrêt du 15 juillet 1867 et qui conclut en se basant sur la théorie des dépens accessoires que ceux-ci ne peuvent être exigés avant l'ex-

(1) Req., 20 juillet 1896. D. P. 97, I, 243.

piration des délais accordés au débiteur pour satisfaire à la condamnation principale portée contre lui (1).

L'arrêt s'exprime ainsi : « Les dépens auxquels un débiteur a été condamné envers un créancier qui l'a poursuivi sont un accessoire de la créance; dès lors, ils ne peuvent être exigés avant l'expiration du délai accordé au débiteur pour le paiement du principal »

Voici les motifs de cette décision : « Attendu... que les dépens d'appel auxquels les époux Cluzel ont été condamnés sont devenus, par l'effet de la condamnation, l'accessoire de la créance dont l'exigibilité par voie d'exécution est suspendue pendant les délais concédés; qu'ils doivent dès lors en suivre le sort et que c'est d'ailleurs en ce sens et sous cette condamnation que la Cour a entendu prononcer l'adjudication de ces dépens au profit du créancier... Par ces motifs... dit que le bénéfice de ces délais profitera aux débiteurs pour les dépens d'appel auxquels ils ont été condamnés comme pour les dépens de première instance et autres accessoires de la créance ».

Nous avons donc là un exemple où les dépens suivent exactement les conditions de la condamnation principale en qualité d'accessoires.

Dans le *Dictionnaire de Procédure*, de Bioche, on lit à l'occasion de ce système : « La condamnation des dépens comme celle du principal peut être solidaire. Si les dépens ne sont pas précisément l'accessoire de la créance principale, cette nouvelle

(1) Grenoble, 15 juil. 1867. D. P. 68, 5, 238.

Le jugement du 15 juil. 1867 avait déclaré valable une obligation souscrite le 26 mai 1861 par les époux Cluzel envers le Sieur Jacquemet. Il avait aussi donné acte aux débiteurs du délai d'un an que leur accordait le Sieur Jacquemet à charge de payer un acompte de 100 f. dans le mois. Les époux Cluzel ayant été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire appelèrent de cette décision mais un arrêt de la Cour du 7 fév. 1868 la confirma par adoption des motifs.

Les époux Cluzel dans le mois qui suivit l'arrêt firent signifier au Sieur Jacquemet une offre de 100 f. mais celui-ci refusa comme insuffisante et tardive et prétendit que dans tous les cas les époux Cluzel devaient y joindre le paiement des frais d'appel lesquels d'ailleurs n'avaient pas été distraits au profit de l'avoué.

Dans cette situation les époux Cluzel vinrent demander à la Cour l'interprétation de l'arrêt du 7 fév. 1868 et soutinrent d'abord que comme assistés judiciaires ils ne pouvaient pas être contraints de payer les dépens, frayés par leur adversaire et subsidiairement que ces dépens étant un accessoire de la créance le délai de grâce s'y appliquait aussi bien qu'au montant de la condamnation principale.

créance naît, du moins, à l'occasion de la première qu'elle augmente; il n'est pas juste que les avantages que le créancier s'était primitivement accordés, lui soient refusés à l'égard d'une augmentation occasionnée par ses débiteurs eux-mêmes » (1).

Nombreux sont enfin ceux qui invoquent l'argument suivant : puisque la condamnation aux dépens n'a pas à être motivée, c'est qu'elle ne constitue pas un chef principal de la demande, elle n'en est donc qu'un accessoire (2).

§ 2

APPRÉCIATION DE CETTE THÉORIE

Comme toute solution trop simpliste, cette théorie des dépens accessoires est insuffisante et par suite critiquable.

Elle serait peut-être admissible si l'objet du litige était toujours une somme d'argent ou plus généralement un droit de créance. Mais les demandes en justice ont aussi d'autres buts : il s'agit parfois de défendre un droit de famille relatif au mariage par exemple, à la possession d'état, à la filiation, divorce ou séparation de corps, à la puissance paternelle, ou encore il s'agit de droits réels comme la propriété ou les servitudes.

Les dépens demeurent une créance et s'accordent mal avec ces droits qui ont un tout autre caractère.

Parfois aussi, la dette principale est inexistante et cela arrive dans nombre d'instances. Ainsi, le créancier poursuivant est souvent débouté de sa demande, le revendiquant échoue dans ses prétentions, ou encore celui contre qui est portée la revendication résiste sans succès. Où est dans ces espèces la dette principale ? Elle est évidemment absente. Et alors, comment affirmer que les dépens vont l'accompagner et suivre son sort, vont se fondre avec elle ou s'ajouter à elle ?

Nous nous trouvons donc en présence d'une explication du fondement des dépens qui ne peut jouer que dans certains cas

(1) BIOCHE, *Dict. de proc. civ.*, v° Dépens, n. 89.

(2) Civ., 5 mars 1900. D. P. 1900, I, 409.

et qui, par conséquent, perd toute sa valeur, car il faudrait qu'elle puisse satisfaire dans tous les cas, c'est-à-dire quel que soit l'objet du procès.

Il n'est donc pas satisfaisant de soutenir que les dépens sont un simple accessoire de la dette principale de celui qui succombe, puisque dans un grand nombre de procès il n'y a pas de dette principale.

M. Glasson écrit : « quelle est donc la cause de la dette des dépens ? On se tire bien légèrement d'embarras en disant qu'elle est un accessoire de la dette principale. Que devient cette explication si le procès ne porte pas sur une créance mais sur tout autre droit : droit de famille ou droit réel ? » (1).

Pour Boncenne également (2) : « La condamnation aux dépens n'est pas l'accessoire de l'obligation, elle ne reçoit ni l'influence du terme ou de la condition, ni celle du lieu, ni celle du mode de paiement. C'est la réparation d'un tort,; c'est une autre nature de créance ».

On a enfin pu considérer que les dépens prononcés par un jugement irrévocable formaient une créance tellement distincte de la dette principale qu'ils étaient dus, même après qu'une loi postérieure avait éteint le droit adjugé (3).

Nous concluons donc que les dépens sont une créance tout à fait distincte de celle qui a pour objet la chose litigieuse et nous chercherons ailleurs le fondement de cette condamnation. Mais auparavant il est intéressant d'étudier le problème de la solidarité des dépens qui est une des conséquences pratiques essentielles de cette théorie. Nous nous permettrons même de négliger les autres pour n'étudier que celle-là.

(1) GLASSON (avec le concours pratique de COLMET DAAGE). *Précis de proc. civ.*, t. I, p. 380.

(2) BONCENNE, *Traité de proc. civ.*, t. 2, p. 544.

(3) BERRIAT ST-PRIX, *Cours de Procédure civile*, page 176.

De même Merlin ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 4 Germinal, An XIII, au Rép. Dalloz : Frais n° 49 d'après lequel le droit d'obtenir les dépens auxquels la partie adverse a été condamnée survit à une loi qui paralysait l'exécution du jugement quant au fond.

§ 3

LA SOLIDARITÉ DES DÉPENS,
PRINCIPALE CONSÉQUENCE PRATIQUE DE LA THÉORIE DES DÉPENS
ACCESSOIRES

Il est curieux que l'art. 130 n'ait pas envisagé le cas où il y a pluralité de perdants (1). S'il n'y a que simple communauté d'intérêts entre les parties succombantes, la solidarité ne peut être prononcée pour les dépens.

La Cour de Cassation juge d'une manière constante que : « la solidarité ne se présument pas et les dépens étant personnels et divisibles il ne saurait être permis en matière civile quand aucune condamnation solidaire n'a été prononcée au principal de prononcer la solidarité des dépens contre les débiteurs conjoints si ce n'est à titre de dommages et intérêts à la condition de motiver spécialement la décision. »

La jurisprudence est extrêmement nombreuse au sujet de cette solidarité en matière de dépens et il y a un nombre d'arrêts considérable dans lesquels la Cour de cassation se prononce, toujours dans le même sens (2).

(1) Comment les dépens sont-ils alors répartis en pratique ? Il pourrait tout d'abord paraître équitable de faire supporter les dépens aux perdants en proportion de leur intérêt dans l'affaire. Ce n'est pas cependant ce mode de répartition qui a force en jurisprudence. D'accord sur ce point avec la Doctrine elle préfère le suivant : la répartition des dépens se fait dans ce cas par portion virile; il est juste dit ou de diviser *pro numero succumbentium* des frais qui eussent été faits par chaque partie dans son intérêt isolé. Si l'intérêt des perdants est collectif ils seront quand même condamnés divisément chacun pour leur part et portion. S'ils ont chacun un intérêt distinct une condamnation particulière aux dépens comprenant les frais occasionnés par chacun les atteindra. Enfin si un intérêt particulier surgit dans le procès causé par l'un d'eux et dans son intérêt propre, celui-ci venant à succomber sur cet incident en paiera exclusivement les frais.

(2) Req. 1^{er} mars 1935. (G. P. 1935, I, 895). Cass., 2 août 1932. (G. P. 1932, 2, 736).

Civ. 7 fév. 1934. (D. P. 1934, I, 65), note Albert Chéron.

Civ. 5 juil. 1934. (D. H. 1934, p. 491).

Civ. 18 mars 1927. (D. H. 1927, p. 242).

Req. 2 fév. 1925. (D. H. 1925, p. 117).

Civ. 1^{er} mars 1921. (D. P. 1921, I, 14).

Civ. 3 déc. 1919. (D. P. 1920, I, 7).

Il se dégage ainsi un principe général que nous retrouvons constamment, à savoir que les dépens sont personnels et divisibles. Ceci en vertu de l'art. 1202 du Code Civil qui nous enseigne que « la solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi ».

Nulle part dans le Code de Procédure nous ne trouvons un texte qui nous permette d'établir la solidarité en matière de dépens, c'est pourquoi on l'exclut en principe.

Les partisans de la solidarité s'appuyant sur les dépens accessoires sont ainsi tenus en échec.

La jurisprudence de la Cour de Cassation décide que « les dépens sont personnels et divisibles alors même que la condamnation dont ils sont l'objet est la conséquence du rejet d'une demande indivisible ». Le juge, poursuit l'arrêt, n'a pas le droit de prononcer la solidarité des dépens, si ce n'est à titre de dommages-intérêts contre plusieurs défendeurs conjoints sous prétexte que l'obligation principale est indivisible. (Civ., 10 mai 1905, S. 1906, I. 92).

A ce principe il y a lieu d'apporter certaines exceptions qui s'accordent parfaitement avec la théorie des dépens-accessoires mais qui n'ont pas paru suffisantes pour la justifier. La première exception est celle qui admet que si la condamnation principale a été prononcée solidairement contre les perdants, la condamnation aux dépens sera aussi solidaire.

Les dépens suivent ici le sort du principal et lui empruntent son caractère. Il devrait toujours en être ainsi, affirment les auteurs qui voient là un excellent argument pour le fondement que nous étudions dans ce chapitre.

Voici d'ailleurs, en général, comment s'expriment les arrêts : « Nulle disposition de la loi ne permet, en matière civile, quand aucune condamnation solidaire n'a été prononcée, au

Civ. 8 juin 1915. (D. P. 1920, I, 102).

Civ. 16 juin 1914. (D. P. 1915, I, 71).

Civ. 24 fév. 1914. (D. P. 1915, I, 32).

Cass. 10 nov. 1914. (S. 1915, I, 43).

Civ. 29 oct. 1913. (D. P. 1914, I, 196).

Req. 12 nov. 1913. (D. P. 1914, 5, 14 et S. 1914, I, 388).

principal de prononcer la solidarité contre plusieurs débiteurs conjoints ».

(10 mai 1905. (S. 1906, 1, 92). 2 nov. 1907. S. 1910, 1, 498).

Il peut s'agir d'abord d'une solidarité conventionnelle du principal. Il arrive souvent que plusieurs débiteurs s'engagent solidairement envers un même créancier qui les attaque ensuite pour non paiement. S'ils succombent, les dépens suivent le sort de la créance, c'est-à-dire qu'ils sont dus solidairement. Mais les dépens sont aussi dus solidairement s'ils sont adjugés à titre de dommages-intérêts ou en cas de faute commune, c'est-à-dire de délit ou de quasi-délit.

Dans ces deux cas, il faut nécessairement que la condamnation aux dépens soit motivée. On lit dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 mars 1882 (S. 83, 1, 175) : « les appelants peuvent être condamnés solidairement aux dépens alors qu'ils ont participé à une faute commune et cette condamnation est suffisamment motivée par les considérations invoquées pour établir la fraude en vue du rejet de l'appel ».

Ici la faute consiste dans la fraude entraînant le délit ou le quasi-délit (1). « Mais, ajoute-t-on, la condamnation accessoire aux dépens, prononcée solidairement contre les auteurs d'une faute commune n'a pas besoin d'être justifiée par d'autres motifs que ceux donnés à l'appui de la condamnation principale. (Cass., 29 oct. 1906, S. 1907, 1, 72).

Donc, en cas de dommages-intérêts ou de faute commune, nous sommes en présence d'une seconde exception dont s'emparent également les partisans des dépens accessoires de la condamnation principale.

Souvent à ce propos on fait intervenir l'art. 55 du Code Pénal établissant la solidarité des coupables dans la réparation et nous trouvons combinés les articles 1202 et 1216 du C. civ. et 55 du Code pénal.

Si, en matière civile, les dépens sont personnels et doivent être supportés divisément par les parties qui succombent, il n'en est plus de même lorsque les parties ont été condamnées solidairement au principal à la réparation des conséquences

(1) De même à ce sujet 2 nov. 1907. (S. 1910, I, 498).

d'un délit ou d'un quasi-délit, les dépens n'étant alors qu'un accessoire qui suit le sort du principal ».

« En conséquence, lorsque les défendeurs ont été condamnés à payer les dommages-intérêts au demandeur à raison du fait délictuel dont ils s'étaient rendus coupables, la condamnation solidaire aux dépens prononcée contre lesdits défendeurs est justifiée et trouve une base légale dans l'art. 55 du Code pénal (1202, 1216, C. Civ. 55, C. proc. civ.) ». Et toujours en pareil cas la condamnation aux dépens n'a pas besoin d'être motivée.

Nous avons ainsi parcouru le plus scrupuleusement possible la jurisprudence en la matière pour examiner sa position en matière de solidarité des dépens et avant de poursuivre notre analyse plus spécialement en fonction de la théorie des dépens-accessoires, nous résumons les grandes lignes qui s'en dégagent de la même façon que l'on fait MM. Garsonnet et César Bru (1) :

Au cas où plusieurs parties perdent ensemble leur procès, il est de règle de ne condamner chacune d'elles aux dépens que pour sa part, car la solidarité ne se présume pas (1202, C. civ.) et la loi ne la prononce pas pour les dépens.

Si donc les parties ont agi dans un intérêt collectif, les frais du procès se partagent entre elles par tête; si elles ont représenté des intérêts particuliers, chacune d'elles paiera les frais qu'elle a faits; si elles ont agi dans un même intérêt mais que l'une d'elles ait soulevé un incident particulier et qu'elle y ait succombé, elle sera seule à payer les dépens.

Sauf 3 exceptions :

a) Si plusieurs parties sont condamnées ensemble par un tribunal de première instance à payer les dommages-intérêts pour un même crime ou un même délit, leur condamnation solidaire s'étend de plein droit aux dépens, car le Code pénal dispose qu'elles en seront tenues de cette manière sans distinguer suivant que l'action civile a été intentée séparément devant le tribunal de première instance ou portée avec l'action publique devant la Cour d'Assises ou le Tribunal Correctionnel (55, C. P.).

b) La jurisprudence, aujourd'hui constante, qui autorise les tribunaux civils à condamner solidairement aux dommages-

(1) GARSONNET et César BRU, *Précis de proc. civ.*, n° 644.

intérêts pour la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit civil, entraîne pour eux le droit de condamner de même aux dépens toutes les fois qu'ils sont adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts.

c) Les co-débiteurs solidaires sont tenus de la même manière des dépens auxquels ils sont condamnés si le demandeur l'a requis ou que le tribunal l'ait ordonné : d'une part, ils se représentent réciproquement en tant qu'il s'agit de conserver les droits du créancier (1206, C. Civ.), d'autre part, ils sont pour ainsi dire caution les uns des autres et le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend aux frais de la demande formée contre le débiteur principal, (1216 et 1217, C. Civ.).

C'est précisément au sujet de ce dernier cas que nous devons discuter le problème de la solidarité des dépens en fonction de la théorie des dépens accessoires.

Prenons un exemple concret : j'ai prêté à trois amis qui veulent fonder une société la somme de 100.000 francs. Ils se sont engagés solidairement à me la rembourser à une date fixe. A l'échéance je ne reçois rien. Je les assigne alors tous trois ensemble par un seul et même exploit. La condamnation que je vais obtenir va être solidaire en ce sens qu'une fois le jugement prononcé je pourrais revendiquer cette somme à celui qu'il me plaira, jusqu'à ce que je sois complètement désintéressée. Mais, en ce qui concerne les dépens et le problème, et la pourrais-je demander à ce dernier débiteur, en même temps que les 100.000 francs, tous les dépens de l'instance ou ne pourrais-je lui en réclamer qu'une fraction dépendant du nombre des parties assignées et qui dans l'espèce est du tiers des frais ?

Voici ce que l'on répond si l'on adopte la thèse des dépens accessoires : les dépens sont une suite naturelle de l'obligation principale puisqu'ils naissent précisément d'une résistance injuste à remplir cette obligation. Ils en sont donc l'accessoire et en doivent suivre la nature, car « *accessorium sequitur principale* ». La dette principale étant solidaire, la dette accessoire sera aussi solidaire (1). Il faut appliquer aux dépens la règle que

(1) A propos d'un cas de solidarité on lit dans un arrêt de la Cour de Cass. du 24 juin 1931 (G. P. 1931, 2°, p. 466) : « Et cette condamnation accessoire (celle des dépens) étant une conséquence de la condamnation principale n'a pas besoin d'être »

l'art. 1207 du C. Civ. applique aux intérêts : les intérêts demandés contre un des défendeurs sont dûs par tous les autres, à plus forte raison les dépens doivent-ils être solidairement à la charge de tous les débiteurs du principal puisqu'ils proviennent aussi d'une résistance mal fondée à accomplir leur obligation (1).

Voici ce que nous lisons dans l'ouvrage de M. Glasson, toujours dans le même sens (2) : « La solidarité oblige non seulement à payer le tout mais même à répondre, dans la limite de l'obligation, des fautes de son co-débiteur. Or, les dépens sont un accessoire de l'obligation principale causés par la résistance mal fondée, par la faute de celui qui succombe. Il est vrai que le débiteur solidaire n'est pas tenu des dommages-intérêts auxquels son co-débiteur est obligé, mais les dépens ne sont pas des dommages-intérêts proprement dits. De même que le retard de l'un fait courir, même au regard des autres, les intérêts moratoires (1207, C. Civ.), de même la résistance mal fondée de l'un doit charger les autres de dépens. Du moment que les dépens sont un accessoire de la dette ils doivent être solidairement dus comme le capital; c'est ce qui résulte bien nettement de l'art. 2016 du C. Civ. aux termes duquel celui qui s'est porté caution est aussi tenu des dépens. La solidarité n'est qu'un cautionne-

tre expliquée par un motif spécial. ». Elle découle donc pour ainsi dire naturellement de la condamnation principale.

(1) Remarquons qu'il y a encore deux arguments en faveur de la solidarité des dépens en dehors de notre domaine. Le premier consiste à dire que si l'on admet la solidarité des dépens en matière de solidarité principale on se conforme au but que le législateur se proposait lorsqu'il a admis la solidarité. Il y a là un moyen de crédit et une manière d'augmenter les suretés du créancier qui doit donc s'étendre non seulement à la demande principale mais encore aux frais que le créancier est contraint de faire pour en obtenir l'exécution. Le second argument consiste à dire que la solidarité équivaut à un cautionnement; on dit que les codébiteurs solidaires sont cautions les uns des autres puisqu'ils garantissent le créancier contre leur insolvabilité mutuelle, chacun est débiteur de la totalité et a les deux autres pour cautions or d'après l'art. 2016 C. civ. le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette même aux frais de la première demande. Il est donc exact d'étendre la solidarité aux dépens. Certains auteurs pour démontrer que la solidarité est au fond un cautionnement tirent directement cette preuve de l'art. 1216 C. civ. d'après lequel les codébiteurs sont considérés vis à vis les uns des autres comme des cautions du moins dans une certaine hypothèse. Ajoutons que d'après l'art. 1206 C. civ. les débiteurs se représentent respectivement en tant qu'il s'agit de conserver les droits du créancier.

(2) *Précis de proc. civ.*, GLASSON (et COLMET DAAGE), p. 382 .

ment *sui generis* et plus énergique que le cautionnement ordinaire.

Elle doit donc en produire tous les effets. De même, l'art. 55 du Code Pénal dit que les personnes condamnées pour un même délit sont tenues solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais précisément parce que ceux-ci sont des accessoires de ceux-là. Enfin, n'est-il pas évident qu'on cause un véritable préjudice au créancier en l'obligeant pour les frais à diviser son action, alors que pour le capital il a le droit de la concentrer contre un seul des débiteurs. C'est probablement ce dernier motif fort important en pratique qui décide en ce sens la jurisprudence et elle autorise à agir pour le tout même contre chacun des débiteurs qui n'ont pas été mis en cause(*D. P.*, 1900, 1, 163).

En acceptant cette argumentation, on peut conclure qu'il est peu logique et peu équitable que les avantages que les créanciers s'étaient primitivement réservés soient refusés à l'égard d'une augmentation de la dette occasionnée par les débiteurs eux-mêmes puisque, sans leur résistance, le créancier n'aurait pas agi en justice.

*
**

Comme nous avons rejeté la théorie des dépens accessoires, nous nous voyons contraints de ne pas accepter non plus cette conséquence en ce qui concerne la solidarité des dépens.

On ne peut nier qu'elle s'accorde mieux avec la pratique que la solution contraire. Mais elle ne respecte pas le principe capital que « la solidarité ne se présume pas ». Pourquoi ne pas exiger pour elle un texte spécial en matière de dépens résultant d'une instance civile, comme l'a fait le Code Pénal dans son art. 55 ? Et même, nous pouvons ajouter que si les dépens étaient dans tous les cas un accessoire de la condamnation principale il faudrait un texte de même que pour les intérêts. Selon 1207, C. Civ., en effet : « la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous ».

D'autre part, l'absence de solidarité en matière de dépens ne saurait nuire au créancier ainsi qu'on l'a prétendu. Ce n'est pas une raison si la solidarité est toujours favorable au créancier

pour qu'elle lui soit accordée à l'occasion d'une dette pour laquelle il ne l'a pas stipulée. En effet, lorsque le créancier s'est réservé expressément la solidarité pour la dette principale, il n'a parlé que de celle-ci et non de celle des dépens. S'il n'a donc pas toute la sécurité qu'il eut pu avoir, il ne doit s'en prendre qu'à lui seul; il doit se reprocher de n'avoir pas fait de la solidarité des dépens une condition expresse du contrat; on peut dire qu'il n'y a rien d'injuste ou d'illogique à ce qu'il supporte les conséquences de sa négligence ou de son imprévoyance. S'il n'a stipulé la solidarité que pour le principal ses codébiteurs selon une vieille maxime ne seront tenus de se représenter les uns les autres que « *ad conservandam sed non ad augendam obligationem* » puisqu'il n'a pas été question des dépens lors de l'engagement.

Enfin ceux qui admettent pour l'ar. 130 un tout autre fondement voient dans les deux obligations des sources tout à fait différentes et ne font pas de l'une l'accessoire de l'autre.

Pour d'autres conséquences ou d'autres modalités, les deux obligations ne sont pas traitées de la même manière. Ainsi l'exécution provisoire en vertu de l'art. 137 du Code de Procédure put être ordonnée pour le fond de l'affaire, or elle ne peut jamais avoir lieu pour les dépens. Le lieu du paiement peut également varier dans les deux cas : j'ai par exemple convenu avec mon débiteur que le paiement de ma créance s'effectuerait en tel lieu, à l'échéance ce dernier ne s'acquitte pas et je suis obligée de recourir contre lui en justice. Je gagne ma cause et il est condamné aux entiers dépens. Ceux-ci sont payables au domicile du perdant et non au lieu convenu au sujet de l'obligation principale.

Nous concluons donc que les dépens sont essentiellement personnels et divisibles et que la solidarité de la condamnation au principal n'entraîne pas nécessairement celle des dépens (1).

Si celle-ci est souvent prononcée nous verrons comme pour beaucoup d'autres problèmes qu'il y a là un effet du pouvoir

(1) Il faut admettre inversement que l'absence de solidarité au principal empêchera toujours formellement de prononcer une condamnation aux dépens solidaire si ce n'est à titre de dommages intérêts et par décisions motivées sur conclusions formelles.

discrétionnaire des juges. Quand celui-ci sera consacré dans un texte alors seulement, dit M. Glasson, nous aurons une solidarité judiciaire en matière de dépens tout comme nous avons une solidarité conventionnelle et une solidarité légale. C'est le but de l'article 14 du titre des jugements du projet de réforme du Code de Procédure qui porte « le tribunal peut dans tous les cas prononcer la solidarité des dépens contre ceux qui succombent ou quelques-uns d'entre eux ».



CHAPITRE III

LA CONDAMNATION AUX DEPENS

FONDEE SUR L'IDEE DE RISQUE

§ 1

EXPOSÉ DE LA THÉORIE

Cette théorie est personnelle à M. R. Japiot qui l'a soutenue dès 1910. Il y a là une conception originale qui a passé du domaine du droit civil dans celui de la procédure civile. Elle exclut toute idée de contrat, de même qu'elle ne saurait prendre la faute en considération. Voici ce qu'écrivent MM. Mazeaud à propos du risque (1) : « Tous ceux qui admettent cette théorie se refusent de reconnaître une distinction entre les faits fautifs et non fautifs. Ils affirment que la responsabilité doit être engagée sans qu'on ait à se préoccuper de la question de savoir si l'auteur de l'acte dommageable a bien ou mal agi. »

Quand un dommage a été causé sans qu'il y ait faute de la part de son auteur qui doit supporter ce dommage ? La doctrine classique en laisse à la victime tout le poids. Mais on peut évidemment se poser cette question : « Pourquoi donc serait-ce elle qui souffrirait plutôt que l'auteur du préjudice ? » : « Il y a là une injustice née du hasard que le droit doit faire disparaître. Le hasard ne doit pas fonctionner comme répartiteur de dommages. En effet, il est équitable que les conséquences dommageables d'un acte pèsent sur celui qui a accompli cet acte et non sur celui qui n'a eu qu'un rôle passif car il dépendait du

(1) Henri et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, éd. 1938, tome I, p. 413.

premier et non du second que le dommage ne se réalisât pas » (1).

Reportons ces principes sur le plan de l'art. 130 du Code de Procédure civile, nous avons un individu qui a mis en jeu un procès dont l'issue est loin d'être fatale. Le procès terminé, d'un côté il y a des gains (ou plutôt absence de pertes), de l'autre il y a des pertes sans qu'il y ait eu nécessairement faute dit M. Japiot de la part de celui qui a mis l'instance en marche. C'est par exemple le cas où l'action a été soutenue sur le fondement d'une jurisprudence constante et où un revirement de jurisprudence se produit à l'occasion de l'affaire entraînant l'insuccès de la partie qui a agi. Elle a pu souvent être déboutée de sa demande tout en étant persuadée de son bon droit. En engageant sa cause elle a si l'on peut dire ainsi « tenté sa chance. »

Dans un article spécial consacré à cette question et dont les termes sont reproduits dans son ouvrage de procédure civile, M. Japiot s'exprime ainsi : « Le demandeur en agissant ou le défendeur en opposant une résistance a pris une certaine initiative puisque chacun d'eux pouvait éviter l'instance en souscrivant aux prétentions de son adversaire. Le plaideur en prenant cette initiative ne commet pas une imprudence, il exerce un droit très légitime; il recueillera les avantages de cette initiative si l'issue en est favorable, la loi estime équitable de lui en imposer comme contre-partie dans une certaine mesure les risques (2).

« Le législateur croyons-nous en maintenant la règle d'après laquelle la partie qui succombe est condamnée aux dépens sans conserver la vieille idée de peine civile se trouve avoir appliqué dans cette matière spéciale la théorie du risque qui devait être à notre époque défendue ou même adoptée dans d'autres matières telles que celle des accidents du travail. »

Le mot risque ne paraît pas encore assez précis à M. Japiot; il l'emploie pour la commodité du langage mais préférerait cette expression qui à son avis exprimerait davantage sa conception :

(1) Id., p. 413.

(2) R. JAPIOT, *Le fondement de la dette des dépens*, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1914, p. 527 et dans le *Traité Élémentaire de proc. civ.*, p. 383.

« cette conception est appelée conception du risque mais il serait plus exact peut être de l'appeler « la conception de la charge accessoire et contre-partie d'une initiative prise par un individu dans son propre intérêt ».

En expliquant le fondement de la condamnation aux dépens par l'idée du risque la Procédure Civile fait appel à une notion de droit civil. (On connaît en effet le rôle important tenu par le risque dans le grand domaine de la responsabilité). Remarquons qu'on use de la même méthode quand on se sert de la théorie de l'obligation accessoire, du contrat, du quasi-contrat ou de l'obligation légale. Pour employer l'expression de M. Thaller (1) on rattache une institution particulière à une institution plus générale par le procédé de « la compartimentation » juridique.

C'est que la théorie du risque a acquis une autorité assez grande pour qu'on puisse s'en servir ailleurs que dans son cadre initial. Soutenue pour la première fois en France par M. Ripert au sujet de la responsabilité entre propriétaires voisins (d'après MM. Mazeaud, *Traité de la Responsabilité Civile*, t. 1, p. 143 et suiv.), elle a été étendue à presque tous les cas de responsabilité : « L'acte compris dans les limites légales engage néanmoins la responsabilité de son auteur qui profitant des bénéfices de son droit doit en supporter les risques ».

Le mot risque désigne dans le langage du droit un danger, un péril d'une nature particulière. D'une façon générale le risque est objectif et matérialisé parce qu'il est provoqué par un objet. On a dit : « C'est le danger qui fait courir à une personne l'obligation de supporter les pertes ou détériorations qu'une chose déterminée est exposée à subir par suite de cas fortuit ou de force majeure. » (2).

Appliqué à la question qui nous occupe le risque est provoqué par une initiative, par la contestation d'un droit; il a non seulement une portée matérielle et objective mais une portée morale et psychologique.

Le risque, de façon générale, a un domaine qui s'étend de

(1) R. JAPIOT, revue précitée, p. 525.

(2) BAUDRY LACANTINERIE, *Traité de Droit Civil*, t. I, p. 379.

jour en jour. Il joue dans la promesse de vente (1), dans la société (2), dans le louage de service (3), dans la garde (4), dans la responsabilité du fait des choses au sens de l'art. 1386 (5).

On arrive ainsi à distinguer un risque judiciaire (6), un risque universitaire (7), un risque social (8), un risque locatif (9) et il est permis de conclure avec M. Josserand (10) : « En somme, le principe que le créateur d'un risque doit assurer les conséquences de sa réalisation reçoit dès maintenant une fréquente application... la justice distributive et répartitive est substituée à la justice individuelle; à chacun selon ses actes ou selon ses initiatives, à chacun la responsabilité que lui attire logiquement l'autorité et le contrôle dont il dispose ou si l'on veut c'est l'idée de réparation qui se substitue à celle de responsabilité. L'art. 1384 est fondé sur l'idée très simple et équitable que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques...; le concept du risque, sans expulser celui de la faute, s'installe à côté de lui en vue d'un plus satisfaisant équilibre des intérêts et des droits ».

Si nous insistons ainsi sur le développement de notion de risque en droit civil, c'est parce que M. Japiot lui-même va y chercher un terme de sa comparaison. Il déclare que la théorie du risque est appliquée à la condamnation aux dépens de même que dans d'autres matières telle celle des accidents du travail.

Le commettant qui emploie des préposés met en jeu une activité dont les conséquences peuvent, théoriquement, retomber sur lui en cas d'accidents de travail survenus à ses préposés : « Le commettant, par cela même qu'il utilise les services, l'activité d'autrui, prolonge sa personnalité et son activité, il crée un

(1) JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, éd. 1939, t. 2, n° 1072.

(2) Id., n° 1317.

(3) Id., n° 513, p. 313.

(4) Id., n° 523, p. 320 et un arrêt du 16 nov. 1931. D. H. 31, p. 555.

(5) Id., n° 528.

(6) Art. 466 C. Instr. crim. modifié par la loi du 8 juin 1895.

(7) Loi du 5 avr. 1937 sur la substitution de la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public.

(8) Loi du 5 avr. 1884 (dommages résultant de crimes et délits... par des attroupements, envers les personnes ou contre les propriétés.)

(9) Art. 1733 et 1734 du C. Civil.

(10) JOSSERAND, op. cité, n° 558.

risque dont il doit supporter les conséquences : il est l'éditeur responsable des actes de son préposé » (1).

Par analogie, le demandeur qui intente une action (quoiqu'il ait presque toujours la ferme intention de triompher) sait tout de même qu'il a quelque chance d'échouer dans sa prétention et par suite de voir retomber sur lui les conséquences fâcheuses de son acte. Au nombre de ces conséquences figurent évidemment les dépens. Le défendeur qui oppose sa résistance met en jeu une activité contraire à celle du demandeur. S'il acquiescait simplement en reconnaissant le droit de son adversaire tout serait aussitôt terminé. En soutenant son droit, à lui, il lie l'instance, espérant également que l'issue lui sera favorable. Mais rien ne le lui assure à l'avance. En résistant « il risque » de perdre le procès et d'en subir les inconvénients, donc de payer les dépens.

De même, en employant des préposés, le patron de l'entreprise connaît les aléas auxquels il s'expose, mais il agit quand même, car le plus souvent l'entreprise prospère et les gains peuvent devenir considérables (1). C'est le cas d'alléguer le proverbe si commun mais bien exact en la matière : « qui ne risque rien n'a rien ». Et l'on peut aboutir, par ce raisonnement, à la théorie du risque accepté dont parle M. Josserand et qui consiste, de la part de celui qui agit, à connaître les risques qui peuvent découler de l'acte qu'il va accomplir.

Celui qui intente une action en justice doit connaître les risques auxquels il s'expose.

Les avantages de cette explication de l'art. 130 du Code de pr. civ. ne sont pas négligeables. Tout d'abord, elle s'accorde avec le caractère limité et forfaitaire de la charge des dépens. C'est sur ce point précisément que M. Japiot démontre la supériorité de sa théorie sur celle de la faute. Dans les dépens il ne rentre qu'une certaine catégorie de frais de procédure; certains frais demeurent le plus souvent à la charge du gagnant. Or, écrit notre auteur : « s'il se fut agi de faute à réparer, il semble certain que l'indemnité n'aurait pas été limitée aux dépens propre-

(1) JOSSERAND, op. cité, n° 513, p. 313.

(2) Le maître supporte le risque domestique comme l'industriel assume le risque professionnel (loi du 9 avr. 1898 et loi du 3 mai 1921) sur le risque vis à vis des tiers.

ment dits qui ne comprennent qu'une part restreinte et arbitrairement déterminée du préjudice. La limitation des charges de la partie succombante se concilie mieux avec la conception d'après laquelle celle-ci se voit imposer les dépens en vertu d'une idée d'équité à titre de risque pour la raison seulement qu'il serait plus regrettable d'imposer les dépens au gagnant; le législateur emploie, faute de mieux, le procédé de la répartition des pertes ».

A ce propos, M. Japiot pousse plus loin la comparaison précédente avec les accidents du travail. D'après lui, le procédé de répartition qui consiste à ne pas faire supporter tous les frais au gagnant, mais à ne pas les faire non plus tous supporter au perdant, peut s'appliquer également à l'indemnité due pour accidents de travail. Celle-ci, fondée aussi sur l'idée de risque, ne couvre pas nécessairement tout le préjudice subi par la victime. Elle est forfaitaire comme la dette des dépens.

Ce caractère forfaitaire s'accorderait donc mieux avec la conception du risque qu'avec celle de la faute. C'est le principe que « les risques et les pertes peuvent se répartir » à l'opposé des fautes qui peuvent seulement se réparer, c'est-à-dire, écrit M. Japiot : « engendrent l'obligation de couvrir tout le préjudice subi par la victime de la faute ».

Quant au caractère facultatif de la condamnation aux dépens il s'accorde aussi bien avec la théorie du risque.

Affirmer que la dette des dépens a un caractère facultatif ou dire que la formule, bien qu'impérative, de l'art 130 du Code de proc. civ. laisse une large place au pouvoir discrétionnaire du juge sont choses identiques.

Pour procéder à « la répartition équitable des risques », le juge a besoin de toute sa liberté d'action. « On conçoit que le législateur s'en soit remis au juge dans une mesure plus ou moins large du soin d'opérer cette répartition, le juge étant mieux placé pour apercevoir quelles sont les exigences de l'équité dans chaque espèce concrète, ces exigences pouvant aller à l'encontre de celles que le législateur a présumé dans une forme générale, et conseiller de ne pas mettre les dépens proprement dits, exposés par les deux parties, à la charge de la partie qui succombe ».

Il faut ajouter que le risque peut expliquer que la seule succombance soit la source de la dette des dépens alors qu'avec

d'autres fondements et notamment la faute, cet élément est insuffisant... : « et, si l'on envisage le fait de succomber comme la source de la dette des dépens, il faut bien reconnaître que ce fait en lui-même ne peut pas éveiller l'idée d'une faute commise mais celle d'un risque subi » (1).

§ 2

LES CRITIQUES ADRESSÉES A CE SYSTÈME

La théorie de M. Japiot présente incontestablement des avantages sur les précédentes. Elle s'harmonise en effet assez bien avec certains caractères de la dette des dépens. Elle a, de plus, le mérite d'innover dans le cadre de la procédure, d'y transposer une théorie originale et intéressante du droit civil. Malgré cela on ne peut passer sous silence les critiques qu'il faut lui adresser. Il y a d'abord les critiques que l'on adresse à la thèse du risque en général; il y a ensuite celles qui s'appliquent à notre matière directement.

Rappelons, sans insister, qu'on a reproché justement au risque d'éliminer du droit tout ce qu'il pouvait y avoir d'individualisme et de pénaliser l'esprit d'initiative. Dans le problème de la responsabilité, la personne est au premier plan, avec la théorie du risque on va paralyser toute initiative, détourner l'homme de l'action, le condamner à l'inertie... Ce qu'il faut essentiellement reprocher à la théorie du risque c'est de ne pas être à sa place véritable sur le terrain juridique. Le droit a besoin de notions précises et non de notions d'allures philosophiques ou économiques aux contours mal définis... Les tribunaux trouvent dans la notion de faute un instrument de contrôle précieux, ils n'y renonceront pas pour s'y lancer dans l'inconnu de la théorie du risque; la jurisprudence a immédiatement réagi et l'a enfermée

(1) « La dette des dépens est attachée au seul fait de la succombance même s'il n'y a eu ni faute ni imprudence ». R. JAPIOT, *Traité Élémentaire de proc. civ.*, éd. 1916, p. 383. Dans ce sens : Cass. 12 janv. 1910 (S. 1912, I, 197), cité par M. R. JAPIOT. De même Poitiers, 29 janv. 1923. D. P. 1923, 2, 52, col. 2.

dans de sages limites qui en ruinent toute la portée. Cette nouvelle doctrine du risque, loin d'être un progrès, constitue un recul qui nous ramène aux temps barbares antérieurs à la loi Aquilia où l'on s'en tenait à la matérialité des faits... La thèse individualiste demeure donc; l'individu reste le centre du droit; c'est en réglementant ses droits et ses devoirs qu'on assume le bon ordre social » (1).

Sans nous attarder à ces critiques générales, dégageons plutôt les objections qui s'adressent directement à la théorie de M. Japiot. Le risque a été proposé en droit civil au début du ^{xx}^e siècle. Au moment où les rédacteurs du Code de proc. civ. ont formulé l'art. 130, le risque n'était encore connu ni de la doctrine, ni de la jurisprudence et aucune théorie n'était encore bâtie sur lui. C'est pourquoi les rédacteurs étaient loin de fonder leur art. 130 sur cette notion. Ce n'est donc qu'en 1910 que M. Japiot a pensé expliquer par ce principe une institution de 1807, et qui est même bien antérieure à cette date si l'on songe qu'elle était déjà connue des Romains.

On arrive à établir ainsi une antithèse: on est en présence d'une théorie moderne expliquant une ancienne règle de droit. Car, en effet, comme l'écrivent MM. Mazeaud : « C'est l'intensité de la vie moderne, la multiplicité des relations humaines et des transactions juridiques qui ont amené la fréquence des risques, ont dénoncé l'insuffisance d'une conception faite pour des peuples individualistes dont la vie sociale était relativement peu développée.

Le risque n'a donc été nullement un fondement de la dette des dépens. Ce n'est qu'à l'occasion qu'on a pu l'appliquer dès sa naissance à la règle de l'art 130. Or, ce que nous cherchons c'est un fondement immuable à cette règle et qu'on puisse lui appliquer depuis son élaboration jusqu'à nos jours.

Une autre objection secondaire, et qui apparaît peut-être moins nettement, peut également être adressée à M. Japiot. A plusieurs reprises il parle de la loi, et même fait intervenir l'équité en expliquant sa théorie. Dans son traité de procédure ainsi que dans son article de la Revue trimestrielle de droit

(1) MM. MAZEAUD, *Traité th. et prat. de la resp. civ.*, t. I, p. 413 et suiv.

civil on peut lire : « un procès entraîne nécessairement des dépenses; la loi, obligée de les faire supporter par quelqu'un, trouve encore moins injuste de les mettre à la charge de celui qui succombe plutôt qu'à la charge du gagnant », ailleurs également : « la loi estime équitable de lui en imposer dans une certaine mesure les risques »; enfin, au sujet de l'équité : « en effet, le législateur a voulu tenir compte de l'équité et procéder à la réparation des pertes selon l'équité... on conçoit qu'il s'en soit remis au juge, le juge étant mieux placé pour apercevoir quelles sont les exigences de l'équité ». « La limitation des charges de la partie succombante se concilie mieux avec la conception d'après laquelle celle-ci se voit imposer les dépens en vertu d'une idée d'équité à titre de risque... ».

Il semble étonnant que notre auteur mette si souvent en jeu la loi et même l'équité en développant sa doctrine. On a même, à plusieurs reprises, l'impression que c'est la loi qui explique la règle plutôt que l'idée de risque; en tout cas elle tient une large place dans l'exposé ainsi que l'équité.

La notion de risque n'est pas assez prise en considération isolément; la loi paraît lui tenir lieu de support et perche de temps en temps pour éclairer le raisonnement.

Il apparaît ainsi que le risque est une explication trop surajoutée et supplémentaire et que, dans le fond, M. Japiot est assez partisan de la loi et de l'équité comme fondement de la condamnation aux dépens, c'est sans doute pourquoi il s'en sert si souvent pour étayer le raisonnement.

Nous concluons donc que la théorie du risque appliquée à l'art. 130 du Code de proc. civ. ne nous paraît pas pleinement satisfaisante pour les raisons que nous avons exposées. Tout en constatant son originalité et son intérêt au point de vue plus général de l'évolution du Droit, nous préférons l'abandonner pour chercher d'autres fondements. Aussi, nous allons dès maintenant envisager le système de l'obligation légale et de l'équité, qui a trouvé de nombreuses adhésions en notre matière.

CHAPITRE IV

LA CONDAMNATION AUX DEPENS FONDEE SUR L'OBLIGATION LEGALE ET L'EQUITE

§ 1

EXPOSÉ DE LA THÉORIE

La loi et l'équité : voilà deux termes qui s'accordent parfaitement, le premier étant nécessairement inspiré du second et le second se retrouvant partout où existe le premier.

« Qu'est-ce que la loi? lisons-nous dans le Vocabulaire juridique, sinon une règle abstraite et permanente imposée aux hommes selon des principes d'équité. Qu'est-ce que l'équité sinon la conception d'une justice fondée sur l'égalité devant le Droit et le respect des droits de chacun (ceux-ci étant eux-mêmes délimités par des lois) » (1).

Il faut étudier quelque peu ces deux notions pour voir si l'on peut en faire une saine et juste application au fondement de l'art. 130 du Code de proc. civ.

Dans bien des cas, il faut le reconnaître, ces deux notions se complètent en ce sens que l'équité est une source de droit supplétive vis-à-vis de la loi (2). D'après M. H. de Page :

(1) *Vocabulaire juridique*, année 1930.

(2) V^o M. Georges BERLIA, *La portée de la clause des jugements en équité*. Th. Paris, 1937. « L'équité a toujours échappé à l'emprise des définitions précises et objectives. Chacun s'accorde à reconnaître que l'équité est l'application à une espèce particulière de la conception générale que à un moment donné et à un certain état de la civilisation les hommes se font de la Justice. L'équité est normalement inhérente à une saine application du Droit ».

André DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*. Th. Toulouse, 1934.

« ...On ne trouve tout au long de l'histoire des institutions juridiques identiques et dont nul ne conteste le fondement équitable, on retrouve même des maximes d'équité qui représentent un incontestable fonds commun d'équité cristallisé en

« L'équité est une source de droit supplétive. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive. L'équité semble toujours avoir été conçue comme une notion indépendante du droit écrit dominant plutôt ce dernier dans le but de l'adoucir et de le corriger... A Rome, il y a toujours eu synthèse et fusion entre le droit et l'équité, fusion réalisée par le prêteur... L'équité corrige parfois l'œuvre de la loi. Il est d'autres données que la loi n'a pas incorporées parce que les nécessités de la coexistence sociale ne l'exigeaient pas ou qu'elles existaient à l'état suffisamment clair dans le consentement coutumier. Et voilà pourquoi l'équité supplée à la loi. Elle complète et parachève son œuvre » (1). Ailleurs, cet auteur ajoute : « La loi, en absorbant et en consolidant les pensées éparses d'une équité croissant à la manière d'une herbe folle, représente dans l'ordre des choses humaines la sagesse et le progrès. Aussi, est-ce bien plus en ce sens précis que par respect du législateur qu'on a pu écrire qu'il ne peut y avoir, en

quelque sorte et qui montre que cette notion jugée si fuyante comporte des constantes à travers lesquelles il sera peut-être possible de scruter son contenu, ou tout au moins le principe de ses manifestations. Du reste le monde antique nous a légué de nombreux éléments de solution en matière de théorie de l'équité; dès la philosophie stoïcienne il avait trouvé la plupart des composantes de la *justicia* et de l'*poequum* que Rome puis les canonistes et les scholastiques nous ont transmises avec des variantes de détails. L'équité consiste incontestablement à attribuer à chacun son dû.... L'Équité est l'art de la justice sociale qui attribue à chacun sous la forme d'une égalité proportionnelle ce que la considération des circonstances propres à son cas, dominée par les principes du droit naturel montre au bon sens du législateur et du juge comme lui étant dû. L'Équité a pour fonction d'adoucir ou de corriger les rigueurs des règles légales. De nos jours elle fait pénétrer dans le droit des notions purement morales et d'idéal ».

Cités par M. A. DESSENS : *Aristote* : « L'Équité est une justice meilleure laquelle corrige la justice légale quand elle aboutit dans un cas particulier à des résultats injustes par suite des termes généreux d'une loi qui n'a pas tout prévu. L'équité est donc l'application partielle de la justice à un cas concret ».

MERLIER : « L'Équité est la justice exercée non pas suivant la rigueur de la loi mais avec une modération et un adoucissement raisonnables ».

LITTRÉ : « L'Équité c'est la disposition à faire à chacun part égale, à reconnaître impartialement le droit de chacun....; c'est la justice naturelle par rapport à la justice légale ».

LEVY ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, t. I, p. 564.

« L'Équité demeure une des plus rayonnantes formules de justice dont on ait depuis la Grèce et Rome illuminé l'espoir des Sociétés humaines ».

V^e aussi G. RIPERT, *La Règle Morale dans les obligations*.

(1) H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges, L'équité en face du Droit*, 1931, p. 19 et suiv.

jurisprudence, « de raison plus rationnelle, d'équité plus équitable que la raison et l'équité de la loi ».

L'équité peut aussi apparaître comme le résultat d'une sorte de justice instinctive qui supplée le raisonnement. Grâce à elle, des principes formulés spontanément ne sauraient plus se heurter à aucune objection tirée de la réflexion. La solution juste est ainsi acquise avec beaucoup plus de rapidité et de sûreté que si l'on avait procédé par un travail actif de l'esprit. Nombreux sont les auteurs qui ont souligné cette caractéristique de l'équité (1).

Jetons maintenant un coup d'œil sur l'obligation légale. Cette cinquième source d'obligations n'est pas celle qui a donné lieu aux plus nombreuses discussions, quoique survenue après les autres. A son sujet on écrivait en 1844 : « Les sociétés politiques seraient impossibles s'il n'existait entre les hommes que des engagements conventionnels, aussi la loi dont la base est toujours ou l'équité naturelle, ou l'utilité doit vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes si nous étions justes, elle nous impose donc avec raison des obligations établies à priori. Telles sont les obligations qui naissent de la loi... Nées de l'autorité seule de la loi elles se distinguent de celles que la loi fait découler de la volonté de l'homme exprimées tantôt d'une manière obscure, ou même non exprimées, parfois d'une manière directe » (2).

Si nous nous plaçons au point de vue d'une théorie générale des obligations, l'obligation légale a un domaine évidemment assez strict qui paraît limité à certains cas. Sans cela l'obligation légale pourrait désigner toutes les obligations ». « ...Ceci peut surprendre au premier abord, dès lors que la loi reconnaît valable une obligation, ne peut-on pas dire que l'obligation dérive de la loi ? La loi serait alors la source unique des obligations. Mais il faut remarquer que dans les quatre premiers cas cités (3)

(1) CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, p. 183, note 2, cité par DE PAGE.

GENY, *Méthode d'interprétation*, t. 2, p. 3.

Nous trouvons également des données intéressantes sur la loi et l'équité dans l'ouvrage de M. René DEMOGNE : *Les notions fondamentales du Droit Privé*.

(2) Etienne LAGRANGE, Thèse Paris 1844 : *Les obligations légales*, p. 2.

(3) Le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit.

la loi ne fait que reconnaître la force obligatoire de certains faits de l'homme. C'est le fait qui est la vraie source de l'obligation; la loi en est seulement source médiate. Quand on parle d'obligations qui ont pour source la loi on fait allusion à des cas où sans aucun fait de l'homme la loi crée directement une obligation, par exemple les obligations des tuteurs, les dettes alimentaires » (1).

Etant donné que la condamnation aux dépens est strictement formulée dans l'article 130 du Code de proc. civ, nous admettons que parler d'obligation légale ou parler d'un principe d'équité sont choses équivalentes. L'équité ne se distingue de la loi que lorsque celle-ci n'est pas écrite ou formulée, car alors à ce moment elle la remplace. Lorsque la règle légale se trouve expressément formulée, comme dans notre domaine, l'équité se confond avec elle.

Nombreux sont ceux qui ont vu une obligation légale ou un principe d'équité formulé dans la condamnation aux dépens. Ces explications sont séduisantes par leur simplicité même. Il nous semble fuir les théories parfois obscures et assez équivoques de l'obligation accessoire ou du contrat et quasi-contrat pour pénétrer dans un domaine plus clair et net, dépourvu de tout obstacle.

Que nous disent les principaux auteurs qui ont étudié la question ?

Pour beaucoup (2), la condamnation aux dépens repose sur une idée d'équité et sur le désir du législateur de rendre les procès aussi rares que possible. La condamnation de celui qui succombe aux dépens est pour eux une juste indemnité accordée

(1) *Théorie générale des obligations*, 1937, Eugène GAUDEMET, publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, p. 20. A la p. 344 on lit aussi : « Il s'agit ici d'obligations qui ne naissent pas du fait de l'homme mais que la loi impose directement pour des considérations d'équité (1370, al. 2 et 3). Nous avons déjà constaté la tendance de certains auteurs à étendre cette notion d'obligation légale... Aussi entendues au sens strict les obligations légales sont de nature variable... Souvent d'ailleurs il n'y a pas là une obligation *stricto sensu*; tantôt ce sont des charges réelles, tantôt des obligations *propter rem*; l'étude de ces théories doit être rattachée aux diverses matières dont elles dépendent. La seule remarque générale à faire, c'est que ces obligations étant indépendantes de la volonté et même du fait de l'obligé grèvent les incapables ».

(2) Entre autres F. GIRODON, thèse Paris 1887 : *Des dépens en matière civile*, p. 114.

au gagnant et une mesure législative destinée à tarir autant que faire se peut la source des procès. Ici équité et mesure législatives sont bien placées sur le même plan et se pénètrent en quelque sorte.

Nous pouvons citer des opinions semblables : « Comment donc justifier la condamnation aux dépens ? En réalité, le procès présente une situation légitime de part et d'autre, sauf le cas où il est intenté uniquement par humeur processive. Le recours à la justice est une prérogative sacrée... (1).

Et, dans le même ouvrage, à propos de la solidarité des dépens : « Quand une partie succombe, le tribunal met les dépens à sa charge et si les juges ne libellent pas les motifs de cette disposition c'est parce que la loi a, par avance, rempli cette tâche. La formule : « attendu que le perdant doit être condamné aux dépens », se sous entend simplement. Le motif est tacite mais il existe ».

Ainsi la solution de l'art. 130 apparaît normale et conforme au bon sens commun, elle apparaît s'imposant aux parties et au juge. « Par cela même que les frais sont souvent un lourd fardeau, il est en général naturel de les mettre à la charge de celui qui succombe... En prononçant une condamnation aux dépens, les juges procèdent en vertu d'une obligation légale que les conclusions peuvent rappeler mais dont elle ne sont pas la base » (2).

Dans un ouvrage de procédure on peut lire également : « il est juste que la partie dont le bon droit a été proclamé ne souffre aucun préjudice des mauvaises contestations de son adversaire. La règle consacrée par l'art. 130 du Code de proc. civ. est donc autant un principe d'équité qu'une disposition pénale : « *Omnio litigator victus debet impensas* » (3).

(1) M. DURAND. Thèse Paris 1897 : *De la condamnation aux dépens en matière civile*.

Nous citerons également dans ce sens un passage de M. BOURIGNON, p. 43, thèse Bordeaux 1902 : *Les frais de justice en matière civile et commerciale*, repris fidèlement par M. PHILIP : « ...Nous nous arrêterons donc à croire qu'en édictant la règle de l'art. 130 la loi s'est bornée à sanctionner de son autorité souveraine un acte de réparation logique ».

(2) GLASSON et COLMET DAAGE, *Précis de proc. civ.*, t. I, p. 373 et 380.

(3) CHAUVEAU et CARRÉ, *Les lois de la proc. civ.*, 1841, t. I, p. 644.

§ 2

APPRÉCIATION DE LA THÉORIE DE L'OBLIGATION LÉGALE
APPLIQUÉE A L'ARTICLE 130 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Ce fondement de la condamnation aux dépens est reconnu par beaucoup de juristes. Il a été adopté très souvent, et il paraît l'être encore par la majeure partie de la jurisprudence française (1). C'est sans doute parce qu'on peut le faire accorder de la façon la plus satisfaisante avec la pratique, ainsi que nous le verrons par la suite. Avec l'obligation légale et l'équité, nous sommes en présence de principes souples, que nous pouvons faire fonctionner dans différents sens. On les place donc volontiers à la base d'une règle de procédure qui paraît s'imposer par sa simplicité logique, par l'idée de justice même qu'elle peut réaliser. L'équité est ici le sentiment qui conduit non seulement le juge mais aussi qui a guidé spécialement le législateur. M. Braas (2) a affirmé nettement que l'équité dominait notre matière. Il est le plus catégorique parmi ceux qui adoptent cette opinion : « La condamnation aux dépens est une règle d'équité... La débiteur des frais trouve sa base dans le principe d'équité qui exige que celui qui cause dommage à autrui le répare ».

Essayer de ruiner ce fondement de l'art. 130 du Code de proc. civ. est une tâche évidemment plus difficile que de ruiner les théories précédentes. Ce n'est peut-être pas une raison pour y renoncer, quoique cette conception paraisse avoir actuellement la faveur de la jurisprudence et qu'elle ait eu celle de plusieurs civilistes ainsi que nous l'avons constaté.

D'ailleurs, en la rejetant, il nous sera permis de conserver à peu près toutes ses conséquences pratiques, cela en assignant à la condamnation aux dépens un autre fondement.

On ne pourra pas ainsi nous reprocher de bouleverser les

(1) 25 nov. 1929. (D. H. 1930, p. 100).

27 déc. 1921, G. P. 1922, I, 240 : « La condamnation aux dépens prévue par l'art 130 du C. de proc. constitue la réparation imposée par la loi au plaideur qui succombe dans sa demande ou dans sa résistance à une demande fondée. Elle ne comprend que les frais de l'instance relatifs à cette demande ».

(2) Ad. BRAAS, *Précis de proc. civ.*, 1929, p. 369 et 370.

solutions actuelles rencontrées dans les arrêts à propos de la condamnation aux dépens.

Y a-t-il un principe d'équité à la base de l'art. 130 du Code de proc. civ. ? Oui, évidemment nous ne saurions le nier. Je fais ouvrir une fenêtre dans un mur de ma maison et qui a vue chez mon voisin. Auparavant, je me suis assurée que j'en avais le droit d'après les prescriptions légales ou les usages locaux. Mais ce voisin, sans même attendre que les travaux soient terminés, me cite en justice, croyant fermement triompher. Sa demande est rejetée; il est condamné aux dépens. Il y a bien ici une solution équitable. Quoi de plus juste, de plus logique, de plus normal et naturel que de lui faire payer les frais de ce que nous appellerons tout simplement une chicane ?

Me sachant bien assise dans mon droit, mes travaux ont été interrompus pendant l'instance, j'ai dû me déplacer pour aller répondre à mon adversaire. Il a rompu l'équilibre de notre situation juridique stable jusqu'alors. On ne saurait donc contester que les dépens de l'instance soient pris dans sa bourse.

Il n'y a rien ici d'une explication originale. Je peux l'appliquer à beaucoup de règles du Code de proc. civ. Elle sera toujours exacte, sans rien apporter de nouveau. Prenons l'article 2 du Code de proc. civ., au sujet des justices de paix : « en matière purement personnelle ou mobilière, la citation sera donnée devant le juge du domicile du défendeur; s'il n'a pas de domicile, devant le juge de sa résidence. » Voici une règle inspirée d'équité dira-t-on et reprise dans l'art. 59 du même code pour les tribunaux civils. Le défendeur doit être troublé et dérangé le moins possible. Sauf dans des cas exceptionnels, déterminés par cet article 59, il doit être assigné sur place par le demandeur qui déclanche une action et qui, par conséquent, cause un trouble social, rompt un équilibre juridique. C'est ici la vieille maxime « *actor sequitur forum rei* ». « On considère traditionnellement, dit M. Glasson, que si les deux parties ne sont pas domiciliées au même lieu, c'est en principe au demandeur qui attaque à subir les frais, les ennuis, les inconvénients du déplacement. La présomption est en faveur de celui qui est attaqué. On ne peut l'obliger à aller devant un tribunal éloigné

se défendre contre une action peut-être mal fondée et que, jusqu'à preuve contraire, on doit présumer telle ».

La loi ici aussi a consacré un juste principe.

Essayons, en second lieu, d'expliquer la maxime selon laquelle « le juge de l'action est le juge de l'exception », nous pouvons également y arriver en faisant appel à l'équité. Tout tribunal saisi d'une demande et compétent pour la juger est en principe compétent pour statuer sur tous les moyens de défense au fond opposés à cette demande (alors même que ces moyens de défense soulèvent des questions qui, si elles se posaient isolément et faisaient l'objet de demandes distinctes, ne seraient pas à raison des règles de compétence territoriale, ou même à raison des règles de compétence d'attribution de la compétence du tribunal saisi de la demande).

« La règle est évidemment commandée par le bon sens et la raison, si une défense est opposée à la demande c'est toujours le même procès; le tribunal doit juger les moyens opposés à la demande, comme il juge ceux qui sont invoqués à l'appui de la demande; la même cause ne peut être morcelée en plusieurs parties soumises à des tribunaux différents. Le juge de l'action est le juge de toutes les exceptions qu'une disposition de la loi ne l'oblige pas à renvoyer à un autre juge ».

Nous trouverions encore bien d'autres exemples semblables. Et au fond, l'équité contenue dans une obligation imposée par la loi, n'est-ce pas là la caractéristique de bien des règles impératives du Code de proc. civ. dont l'art. 130 fait justement partie ? Chaque fois que le législateur s'est exprimé impérativement il a imposé une obligation ou, dans un sens plus large, un devoir qui, étant renfermé dans la loi, n'est autre qu'une obligation légale. En général, cette obligation est toujours conforme à l'équité. C'est un principe de saine justice reconnu par tous à cause de sa rigueur logique.

A cette critique nous ajouterons un autre argument. C'est l'art. 1370 du Code civil qui nous parle des obligations légales. Il les définit dans son alinéa 2 en disant que ce sont des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi et, dans l'alinéa 3, il donne des cas d'obligations légales. Ces cas sont-ils limités ? Il y a là un problème qui se pose souvent lorsque le code veut donner des exemples d'une institution ou lorsqu'il fait une énu-

mération. Ainsi, pour les privilèges généraux, l'art. 2101 Code civ. a été étendu, quoique la jurisprudence française ait paru vouloir se montrer restrictive. C'est ainsi que, par analogie, on est arrivé à distinguer d'autres privilèges ayant le même caractère que ceux cités au Code et qu'une série de lois sont venues finalement consacrer (1).

Tant qu'une loi ne vient pas formuler l'extension d'une loi antérieure il est permis de discuter sur l'extension de cette loi.

Il est vrai que l'on peut répondre que le Code n'a pas pu tout prévoir, ni tout qualifier et qu'il est donc permis d'interpréter; à cette réponse, on peut ajouter, dans notre espèce, le fait que quelques obligations légales ont pu être créées sans même recevoir cette qualification dans un texte. Elles sont citées par M. Josserand (2). Ce sont par exemple l'obligation de sécurité créée par la jurisprudence récente dans les transports ou encore les actions directes concédées à la victime du dommage par exemple en cas d'accidents d'automobile.

Est-ce un encouragement pour faire rentrer le principe de l'art. 130 dans le cadre de l'art. 1370 ? Rien ne permet d'être affirmatif à ce sujet.

Quoi qu'il en soit, on peut soutenir que nulle part, dans aucun texte, nous ne trouvons désigné expressément la condamnation aux dépens sous le terme d'obligation légale. On peut dire seulement que certains auteurs, certains arrêts et même la plupart d'entre eux la considèrent telle.

Mais la jurisprudence n'est pas quelque chose d'immuable; en la matière elle a été sujette à des revirements. Pendant les années qui ont suivi la promulgation du Code, elle était nettement attachée à la notion de peine, peut-être il est vrai pour rester fidèle à l'Ordonnance de 1667 et à la tradition. Il est donc toujours permis d'espérer qu'elle se retournera vers une autre

(1) La loi du 5 fév 1895 a étendu le privilège de l'al. 4 aux commis attachés à plusieurs maisons de commerce; il a créé un autre cas en ce qui concerne les remises proportionnelles au chiffre des ventes allouées à titre d'appointements ou de suppléments d'appointements par certaines maisons de commerce à leur personnel. La loi du 17 juin 1919 est venue assimiler aux ouvriers et commis une série d'autres personnes, de même que celle du 19 juil. 1933.

(2) JOSSERAND, *Traité de Droit Civil*, t. 2, p. 364.

notion pour justifier l'art. 130. Et nous verrons d'ailleurs plus tard, certains arrêts récents paraissant procéder d'une autre conception.

En troisième lieu et pour terminer nous ferons la remarque suivante : « toute partie qui succombe sera condamnée aux dépens », lisons-nous dans le texte. Il y a donc ici, sans conteste, une obligation pour le perdant. Cette obligation a-t-elle une source contractuelle ou délictuelle ? Toute la question essentielle semble résider là. Or, affirmer qu'il s'agit d'obligations légales est, certes, une réponse facile, mais non une solution satisfaisante. Nous avons vu jusqu'ici que cette obligation ne pouvait se situer dans le domaine contractuel au sens large du mot (c'est-à-dire englobant le contrat et le quasi-contrat). Nous examinerons bientôt si elle appartient au domaine délictuel. Mais, avant de procéder à cette étude, il nous faut, ainsi que nous l'avons fait pour toutes les théories principales, jeter un coup d'œil sur les applications pratiques du dernier système analysé et ce, à propos surtout de quelques problèmes qui se posent fréquemment devant les Tribunaux.

§ 3

LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DU SYSTÈME DE L'OBLIGATION LÉGALE APPLIQUÉE A LA DETTE DES DÉPENS

I. — *Condamnation d'office :*

Ceux qui voient dans le fondement de l'art. 130 une obligation légale admettent la condamnation d'office par suite du caractère impératif de la règle. « L'art. 130 revêt un sens impératif. Par celà seul que l'on échoue on est condamné aux dépens (1) Le juge n'a pas à tenir compte de l'absence de conclusions de la partie adverse. La condamnation aux dépens est une suite fatale de la perte du procès. C'est à cette occasion que l'on

(1) Cass, 14 janv. 1897. Pas, 1897, I, p. 61. Cité par Ad, BRAAS, p. 369.

peut invoquer la rigueur de la loi dans les termes « sera condamnée... ». La loi n'a pas indiqué la nécessité de conclusions de la part des plaideurs. Ses termes sont donc suffisants même en l'absence de toute conclusion.

« Cette solution est rationnelle, écrit M. Girodon, à propos de la condamnation d'office, en effet, cette condamnation repose, comme nous l'avons vu, sur une idée d'équité; il ne faut pas que celui qui est victorieux souffre de la résistance injuste ou de l'attaque mal fondée de son adversaire. C'est là une raison d'ordre public, les juges peuvent donc l'appliquer d'office ou sur les conclusions du ministère public. Cette solution est même si rationnelle que déjà tout le droit canonique et, plus près de nous, l'ordonnance de 1667 l'avaient adoptée. » Il est bien probable que si le législateur avait entendu s'éloigner de l'ancienne règle il s'en serait expliqué d'une manière formelle et n'aurait pas rédigé l'art. 130 en termes si absolus.

« La condamnation de la partie qui succombe, aux dépens, peut être prononcée d'office sans que la partie adverse y ait conclu », lisons-nous dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 août 1871 (*D. P.*, 71, 1, 228) et dans des arrêts postérieurs.

Ce système pratique qui s'accorde parfaitement avec la théorie de l'obligation légale n'est pas allé sans critiques. Il est, en effet un principe d'après lequel le juge, lié par les conclusions des parties, doit statuer sur chacune d'elles et n'en suppléer aucune. L'art. 480, 4°, Code de proc. civ., range parmi les ouvertures à requête civile la disposition par laquelle le Tribunal statue « *ultra petita* », c'est-à-dire accorde à un des plaideurs plus que ce qu'il a demandé. Dans la doctrine de la jurisprudence il y aurait donc contradiction entre l'art. 130 et 480, 4° du Code de procédure civile.

En réalité, il n'est pas tenu compte de cette contradiction et ceci grâce au caractère souple de l'obligation légale. Comme nous l'avons vu précédemment, cette pratique a souvent un caractère heureux. Devant les justices de paix et les tribunaux de commerce où les parties peuvent comparaître en personne et omettre assez souvent de conclure, surtout s'il s'agit de conclusions accessoires telles celles des dépens, le Juge de Paix et le Président du Tribunal de Commerce peuvent leur rappeler la

formalité qu'elles oublient ou y suppléer eux-mêmes en violant l'article 480 du Code de procédure civile (1).

Cette théorie de la condamnation d'office triomphe donc en jurisprudence pour ses considérations pratiques qui ne sont évidemment pas à négliger .

II. — *Les voies de recours et la théorie de l'obligation légale*

Nous sommes ici sur un terrain beaucoup plus souple que le précédent et que celui que nous examinerons par la suite. Avec la théorie contractuelle il était permis seulement d'envisager le cas où l'on avait conclu sur le chef des dépens et où le juge avait omis de statuer. Nous verrons avec la théorie des dépens-pénalité que les voies de recours, dans le cas où il n'a pas été statué sur les dépens, ne sont pas applicables.

Avec l'obligation légale nous allons étudier les deux hypothèses :

1° Celle où le tribunal n'a pas statué sur les dépens alors que les parties y ont conclu.

2° Celle où les parties n'ont pas conclu et où le juge n'a pas statué.

Examinons le premier cas : s'il se produit devant un tribunal de première instance alors que l'instance est contradictoire et susceptible d'un double degré de juridiction il est permis de recourir à l'appel. Mais l'affaire peut être en dernier ressort tout en étant contradictoire; il faut alors employer la requête civile. On est bien dans l'hypothèse où le tribunal a omis de statuer sur un des chefs de la demande (art. 480, al. 5).

Pourra-t-on employer le pourvoi en Cassation ? Les avis sont ici partagés. Ceux qui voient dans l'art. 130 une règle impérative contenue dans une obligation légale basée sur l'équité et qui s'impose au juge doivent admettre ce pourvoi en Cassation en se basant sur le fait que le tribunal a violé une disposition expresse du Code de procédure civile.

Le pourvoi en Cassation s'imposant, lorsqu'il y a violation de la loi « *lato sensu* » dans une décision rendue en dernier ressort paraît bien applicable dans notre cas. Néanmoins, bien sou-

(1) On dit parfois qu'il s'agit ici d'un accommodement de la pratique.

vent, on n'accepte pas cette voie de recours tout en reconnaissant le caractère légal et impératif de la condamnation aux dépens. La jurisprudence elle-même, y compris celle de la Cour de Cassation, n'admet en règle générale que la requête civile et rejette la possibilité du pourvoi. La Cour Suprême agit peut-être ainsi pour ne pas être en contradiction avec elle-même en laissant au juge, en matière de dépens, un pouvoir discrétionnaire que nous allons bientôt examiner.

Tout ce que l'on peut dire c'est qu'en se basant sur l'obligation légale il serait de rigueur d'admettre le pourvoi en Cassation grâce auquel on arrive à sauvegarder la saine et juste application de la loi (1). On ne peut nier que le tribunal qui n'exécute pas une obligation légale viole la loi.

Examinons maintenant le cas où les parties n'ont pas déposé leur conclusion sur les dépens et où le juge a également gardé le silence sur ce point. La possibilité de l'appel est alors discutée.

D'une part on soutient que le gagnant qui a ainsi omis de demander l'adjudication des dépens peut prendre la voie de l'appel si le chiffre de la demande le permet.

D'autre part on objecte que celui-là seul peut interjeter appel qui a été lésé par le jugement de première instance, donc à qui toutes ses conclusions n'ont pas été accordées. Or, ici ce n'est pas le cas. Le gagnant a obtenu tout ce qu'il a demandé. On ne sait où trouver la lésion invoquée; on est en présence d'un jugement pleinement valable. On objecte également l'application de l'art. 464 du Code de proc. civ. aux termes duquel « il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande sauf certaines exceptions énoncées par l'article et tout à fait étrangères à la condamnation aux dépens. Cette dernière solution est la plus logique et celle qui s'accorde le mieux avec l'équité.

Que décider enfin pour la requête civile ? C'est l'art. 480 du Code de proc. civ., al. 3 et 4 qui décide de la question sur ce point qui nous concerne. La requête civile est admise d'après

(1) PHILIP, op. cité, p. 86. Le problème du recours en Cassation se pose identique dans le cas qui suit. Au point de vue strictement théorique ceux qui admettent la cassation sont ceux qui doivent admettre la condamnation d'office, car pour eux négliger de la prononcer c'est violer l'art. 130 du C. de proc. civ. Telle est l'opinion de CHAUVEAU et CARRÉ.

l'al. 3 « s'il a été prononcé sur choses non demandées », et d'après l'al. 4 « s'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé ».

Dans le cas que nous envisageons, rien n'a été demandé puisque le plaideur victorieux a omis le chef des dépens, par conséquent, ni l'al. 3, ni l'al. 4 ne sont applicables.

Une autre question pratique se pose au sujet des voies de recours : Peut-on former une demande nouvelle devant le tribunal qui n'a pas statué sur les dépens afin d'obtenir un nouveau jugement ?

Avec la théorie de l'obligation légale cette demande nouvelle appuyée sur la condamnation principale est possible. Elle puise un droit suffisant dans le précédent jugement. Néanmoins on a aucun intérêt à l'employer et en fait on ne l'emploie presque jamais. En effet, si le gagnant intente cette nouvelle action afin de voir adjuger les dépens de l'instance précédente au perdant, celui-ci va lui reprocher de n'avoir pas conclu à ce sujet lors de l'instance. Il peut très bien lui dire qu'il a été négligent en ne pas concluant au sujet des dépens. Cette négligence a entraîné des frais inutiles que le perdant ne peut cette fois supporter. C'est le gagnant qui va les avoir à sa charge. Ainsi, pour récupérer les frais du premier procès, il devra déboursier ceux du second. Ce procédé est donc si peu pratique qu'il n'est jamais suivi, sauf si toutefois les frais de la seconde procédure demeurent bien inférieurs à la première.

III. — *L'étendue de la condamnation aux dépens*

Avec le contrat, les tribunaux étaient obligés à ce sujet, de suivre une ligne de conduite qui a peu varié au cours des temps. Avec la théorie de la pénalité cette étendue sera fixe en tant que peine, car une peine est nettement déterminée. Avec l'obligation légale la condamnation aux dépens nous paraît être également assez immuable. Quand la loi veut que le perdant soit condamné aux dépens elle sous-entend l'étendue de ces dépens. Ceux qui ont déjà exploré notre matière n'ont pas ou très peu étudié cette étendue de la condamnation en fonction de ses divers fondements. Pour nous, il nous paraît que la nature de la condamnation aux dépens ne fait guère varier son étendue. C'est l'équité même qui l'exige et au fond la pratique en est

une preuve car les tribunaux, en dépit de leurs revirements, ont toujours fait rentrer sensiblement les mêmes catégories de frais (en se conformant évidemment aux lois qui règlent la question). Néanmoins, il peut se poser quelques problèmes parallèles, tels que ceux des frais d'enregistrement, et que le juge peut toujours trancher en se fondant sur les circonstances de la cause. Mais, même dans ces hypothèses, comme nous allons le voir, un principe finit par s'établir et qui est presque toujours appliqué. C'est bien ce qui a lieu pour les frais d'enregistrement.

La loi du 22 frimaire, An VII, art. 3 et celle du 26 janvier 1892 ont décrété que des droits d'enregistrement seraient perçus sur tous les actes de procédure et sur le jugement. Ces frais sont nécessairement compris dans les dépens mis à la charge de la partie succombante. Mais l'art. 47 de la loi du 22 frimaire, An VII soumet aussi à l'enregistrement « tout acte ou contrat produits en justice par les parties à peine d'amende ».

Ainsi, en qualité de commerçant, j'ai passé avec un autre commerçant un contrat d'échange. Je dois lui fournir telle quantité de marchandise et lui doit m'en fournir telle quantité d'une autre. Or, au moment de s'exécuter, il ne me livre pas la quantité promise; je le cite en justice et, au cours de l'instance, je produis le contrat que nous avons passé ainsi qu'une lettre, missive qu'il m'avait envoyée avant le contrat et mentionnant notre accord. Ces deux instruments de preuve sont soumis à enregistrement avant d'être utilisés par le juge. Est-ce moi, qui ai fourni ces actes, qui doit payer les droits ou est-ce mon adversaire, qui succombe définitivement ? Autrement dit, ces droits fiscaux doivent-ils rester à la charge de la partie qui a produit les actes ou doivent-ils être mis dans les dépens ?

Dans deux cas nécessairement la question se trouve résolue. C'est tout d'abord le cas dans lequel on prend soin d'inscrire à la suite de l'acte produit que le coût de son enregistrement est à la charge de la partie qui y donne lieu, autrement dit, de la partie succombante. Ces frais font alors partie des dépens.

La question ne se pose pas également lorsque le perdant est condamné par le juge, à titre de dommages et intérêts, au paiement de tous les frais, y compris les droits d'enregistrement des actes produits en justice par le gagnant.

En dehors de ces hypothèses la question a été tranchée définitivement par les tribunaux et les auteurs.

Certains ont dit que c'était aux plaideurs qui fournissaient les actes en justice à supporter l'impôt qui les grevait en tant que preuve de leur droit. Cette solution a pu paraître assez injuste, car le gagnant ne devrait pas être obligé de faire les débours pour prouver l'existence d'un droit qu'il exerçait à juste titre antérieurement à la demande en justice de l'adversaire. C'est déjà suffisant pour lui d'être troublé par la témérité du perdant.

Certains arrêts sont allés plus loin. Même dans le cas où la formule du dispositif d'un arrêt condamne la partie perdante aux entiers dépens, les droits, doubles droits et amendes d'enregistrement sont exclus (1).

C'est précisément la raison qui a conduit à la seconde solution, c'est-à-dire à affirmer que les dépens comprennent tous les frais qui ont été occasionnés par la résistance de la partie perdante et par suite les frais d'enregistrement des divers actes produits par les parties.

Comme, la plupart du temps, le problème que nous étudions a donné lieu à une solution transactionnelle élaborée principalement par la jurisprudence.

Celle-ci distingue deux sortes d'actes fournis en justice et qui accompagnent le procès :

1° Ceux qui ont leur cause génératrice dans les dispositions de l'arrêt rendu ».

2° Ceux qui sont « nécessités simplement à l'occasion de cet arrêt ».

Voici la formule type d'un arrêt de la Cour de Cassation du 20 juillet 1936 et que l'on trouve reproduit de façon à peu près identique dans nombre d'autres arrêts (2) : « Si les dépens

(1) Civ., 22 oct. 1934. D. H. 1934, p. 555.

Trib. Civ. Seine, 15 déc. 1937. (G. P. 1938, I, 471) et (D. H. 1938, p. 110).

(2) G. P. 1936, 2, p. 781 idem : Cass. Civ. 20 mars 1939 (D. H. 1939, p. 290).

Trib. Civ. Seine, 15 déc. 1937 (D. H. 1938, p. 110).

comprennent nécessairement les droits d'enregistrement qui ont leur cause génératrice dans les dispositions de l'arrêt rendu il n'en est pas de même des droits perçus simplement à l'occasion de cet arrêt; ceux-ci doivent être supportés par la personne qui en est débitrice d'après la loi fiscale, à moins qu'ils ne soient mis à la charge d'une autre partie par une condamnation à titre de dommages et intérêts, justifiée par la précision d'une faute et d'un préjudice ».

Comment trouver un criterium qui permette de différencier « cause occasionnelle » et « cause génératrice » de la perception des droits d'enregistrement ?

Dans la Doctrine, c'est M. Garsonnet qui a le premier apporté quelques précisions. Les droits ayant leur cause occasionnelle dans le procès et dus par la partie qui a produit les actes sont ceux qui sont soumis à un délai de rigueur pour être enregistrés. Ils apparaissent indépendants du procès. Pour lui, le procès est seulement la cause génératrice des droits d'enregistrement qui ne sont pas soumis à un délai de rigueur, qui sont nécessités par ce procès et n'existent eux-mêmes que parce que le procès existe.

Cette distinction, comme nous l'avons dit, est pleinement admise par la jurisprudence et seuls sont compris dans les dépens les frais d'enregistrement des actes qui ont leur cause génératrice dans le procès.

Cette règle comporte cependant une exception. Les droits d'enregistrement perçus sur l'autre catégorie d'actes peuvent également être compris dans les dépens si le juge relève à la charge de la partie succombante une faute qui a entraîné le préjudice. Les juges adoptent très souvent cette solution; ils déclarent que les droits d'enregistrement perçus à l'occasion du procès peuvent, par une disposition spéciale prononçant une condamnation à titre de dommages-intérêts justifiée par la constatation d'une

Cass. Civ., 25 mai 1936 (G. P. 1936, 2, 320).

Cass. civ., 6 nov. 1934 (G. P. 1934, 2, 990).

Paris, 7 déc. 1929 (G. P. 1930, I, 319).

Cass. civ., 29 avr. 1929 (G. P. 1929, 2, 113).

Lyon, 18 déc. 1929. Mon. Jud. Lyon du 31 oct. 1930.

Paris, 21 mars 1929. Mon. Jug. Paix, 1929, p. 249.

faute ou d'un préjudice, être mis à la charge d'une partie autre que celle qui est débitrice en vertu de la loi fiscale (1).

Cette mesure sert à augmenter la sanction de la partie condamnée aux dépens à titre de dommages-intérêts. Cette exception étant signalée, la distinction précédente n'est point dépourvue de logique. Mais le système n'apparaît cependant pas encore idéal aux yeux de tous. En effet, on peut toujours regretter que le gagnant soit obligé de déboursier des droits fiscaux qu'il a lui-même mis en jeu « à l'occasion du procès » ; mais qu'il aurait évidemment évité en dehors de celui-ci s'il n'avait point été troublé dans son droit ou si le perdant n'avait point contesté sa situation. Et ceci en l'absence de toute faute adverse.

Même dans le cas où il y a faute, il est difficile pour les tribunaux de la retenir dans tous les cas où elle existe. Et d'ailleurs, la condamnation aux dépens à titre de dommages-intérêts requiert plusieurs conditions qui ne se trouvent pas toujours réunies. Il est d'abord nécessaire que la partie adverse y ait conclu ; il faut ensuite que les dépens soient alloués à ce titre par une décision du tribunal expresse et motivée ; il faut enfin que le perdant ait commis une faute manifestement préjudiciable à la partie gagnante. Qu'une ou deux de ces conditions fassent défaut et la condamnation aux dépens ne pourra être prononcée à titre de dommages-intérêts. Malgré cela, la partie gagnante pourra quand même être victime d'une faute qu'il n'était pas possible de reconnaître nettement de la part du juge. Elle devra donc payer néanmoins ces droits d'enregistrement sur les pièces produites en justice « à l'occasion du procès » et qui

(1) Poitiers, 14 juin 1938. Rec. Bordeaux, 1938, p. 363.

Cass. civ., 25 mai 1936. G. P. 1936, 2, 320.

Lyon, 30 nov. 1934. Mon. Jud. Lyon du 24 mai 1935.

Cass. civ., 2 août 1934. G. P. 1934, 2, 534 et S. 1934, I, 308.

Aix, 24 fév. 1934. Gaz. Trib. du 19 juil. 1934.

Cass. Req., 16 juin 1932. S. 1932, I, 328.

Trib. Civ. Bayeux, 26 janv. 1933. S. 1933, I, 773.

Cass. civ. 22 nov. 1933. G. P. 1933, I, 102.

Paris, 6 fév. 1933. Gaz. Trib., 11 mars 1933.

Cass. Civ., 23 mars 1932. G. P. 1932, 2, 96.

Cass. Civ., 2 août 1932. G. P. 1932, 2, 743.

Cass. Civ., 13 juin 1932. G. P. 1932, 2, 477.

Cass. Civ., 21 juil. 1931. G. P. 1931, 2, 882.

lui ont servi à démontrer son bon droit, au sujet duquel elle a définitivement triomphé.

Le seul moyen d'éviter cet inconvénient serait évidemment de décréter que tous les droits fiscaux, y compris tous les droits d'enregistrement, rentrent dans les dépens. C'est d'ailleurs là une solution qui a été adoptée fort longtemps par la jurisprudence française.

IV. — *La solidarité des dépens*

Comme le cautionnement et l'indivisibilité, la solidarité est un mode des obligations. C'est donc une particularité de l'obligation légale comme de toutes les obligations en général et qui a besoin d'être reconnue et déclarée par les parties intéressées.

En fondant la condamnation aux dépens sur l'obligation légale, il faut encore stipuler la solidarité pour que celle-ci existe en cas de pluralité de perdants. Dans le cas contraire, la dette des dépens suit la règle normale, c'est-à-dire qu'elle demeure conjointe. Donc, avec cette théorie encore, les dépens demeurent personnels et divisibles jusqu'à preuve contraire. La solidarité demeure une exception. Néanmoins, elle a lieu de plein droit quand la dette des dépens a pour base une faute commune, car nous ne sommes plus seulement dans le domaine de l'art. 130 du Code de procédure civile mais dans celui de l'art. 1382 du Code civil.

Enfin, comme dans toutes les autres théories, la solidarité des dépens en présence de l'obligation légale s'impose d'elle-même quand on peut faire appel à l'art. 55 du Code pénal, point de vue que nous avons déjà développé précédemment.

Il nous faut maintenant aborder un nouveau domaine : celui de la peine privée. Au point de vue chronologique c'est le système qu'il faudrait envisager en premier lieu, car il était déjà soutenu par les Romains, comme nous le verrons par la suite. Mais comme il est assez voisin de la réparation, il sert ici à nous ouvrir la voie délictuelle et quasi-délictuelle que nous explorons en terminant notre étude.

CHAPITRE V

LA CONDAMNATION AUX DÉPENS FONDÉE SUR LA PEINE

§ 1

EXPOSÉ DE LA THÉORIE

C'est la théorie du fondement de la condamnation aux dépens la plus ancienne. C'est celle que l'on retrouve dans tous les premiers traités de procédure. Elle est directement inspirée par la tradition romaine. Nous l'avons rencontrée en poursuivant l'historique des dépens, dans l'expression même de « *poena temere litigantium* ».

Cette théorie se dégage également de l'ordonnance de 1667 rédigée elle-même en termes impératifs : « Toute partie, soit principale, soit intervenante qui succombera... sera condamnée aux dépens ».

Les rédacteurs du Code de Procédure suivant de très près l'Ordonnance de 1667 ont aussi vu dans le principe de la condamnation aux dépens une peine véritable qui frappe le perdant. Enfin, un certain nombre d'auteurs se sont attachés à cette idée. Quant à la jurisprudence, y compris celle de la Cour de Cassation, elle a pu autrefois se servir de cette conception dans de nombreux arrêts (1).

Ce n'est pas cependant ici la peine originaire du plaideur téméraire du Droit Romain et du Moyen-Age. Celle-ci avait en effet un caractère strictement pénal et public : elle n'était pas

(1) Entre autre 26 nov. 1902. (D. P. 1903, 2, 500).

instituée comme nous l'avons vu au profit du gagnant mais à celui du fisc. Perçue par le seigneur ou le roi elle revêtait le plus souvent la forme d'une amende. De ce caractère même de pénétration il en résultait que la condamnation aux dépens était arbitraire. On sait en effet qu'au début de l'instance chaque partie versait devant le juge une somme fixe et qu'à la fin le gagnant reprenait les deux mises, le perdant n'ayant plus droit à rien.

Ce n'est plus cette notion de peine ainsi entendue que les auteurs peuvent retrouver dans l'art. 130 du Code de Procédure civile.

S'ils emploient encore la vieille formule de « peine du plaideur téméraire » c'est avec un sens qui a évolué. Il s'agit d'une peine privée, d'une condamnation de la partie perdante au profit du gagnant qui intimide le plaideur trop audacieux. Cette peine est instituée pour arrêter l'humeur processive et montrer d'avance toutes les conséquences que peut avoir la défaite de la cause portée en justice. « Ainsi on arrive à débarrasser les tribunaux de procès engagés de mauvaise foi et dans le seul but de gagner du temps. » C'est ici le principe qu'exprimait Montesquieu dans l'Esprit des Lois : « Quand l'art nouveau de la procédure multiplia et éternisa les procès, il fallut bien arrêter les plaideurs par la crainte des dépens. »

Le juriste qui analyse cette notion de peine trouve donc une peine civile ou plutôt une peine privée par opposition à la notion de peine que nous trouvons en droit criminel essentiellement publique et arbitraire. Peine pécuniaire également elle rappelle les confiscations et les amendes où on a pu voir anciennement une de ses formes. S'il est permis de nous exprimer ainsi c'est un châtement consistant en une indemnité pécuniaire et imposée à l'occasion d'opérations juridiques entre les parties, si l'une d'elle vient à rompre l'équilibre juridique au détriment de l'autre. C'est un châtement et par là elle s'apparente aux autres peines pécuniaires que l'on rencontre dans le domaine de la Procédure Civile : l'amende qui frappe celui qui succombe dans son appel, dans sa requête civile, son recours en Cassation, sa demande en prise à partie ou en inscription de faux et aussi celui qui a dénié sa signature dans un acte sous seing privé.

Avant de poursuivre l'étude de cette théorie il est utile et intéressant d'analyser quelque peu cette notion de peine privée

qui trouve son application dans quelques chapitres de la procédure civile. C'est l'œuvre de quelques auteurs modernes (1).

Il faut remarquer tout d'abord que cette « peine privée » ou « peine civile » se trouve sur les confins du droit civil, du droit pénal et de la procédure. Elle rappelle la peine privée, vengeance des temps lointains. Aujourd'hui c'est une notion beaucoup plus stricte : « lentement, par degrés elle s'est vue dépouillée de son antique splendeur jusqu'au jour où sur les ruines de son palais écroulé elle n'a plus été que le spectre dont le nom seul effrayait naguère ». Le domaine de la peine privée ne se borne plus à l'amas de quelques ruines mais il est devenu la carrière fort riche d'où souvent les tribunaux et parfois aussi le législateur « tirent consciemment ou inconsciemment la matière de leurs constructions pareilles à ces maisons modernes arrachées aux murailles de quelque cité moyen-âgeuse » (2).

La peine civile est celle qui correspond à l'action civile, alors que la peine dans le domaine pénal correspond à l'action publique. On peut dire que l'individu agissant par l'action publique dans les cas restreints où il y est autorisé obtient une peine au profit de la société. Avec l'action civile on aboutit à la peine privée qui est une sorte de réparation.

Si la notion de peine civile s'élabore et se précise de jour en jour c'est parce qu'elle tend à s'adapter d'une façon de plus en plus parfaite à notre législation moderne. En effet elle consiste généralement en une atteinte pécuniaire portée au patrimoine.

Or c'est là la sanction la plus efficace et la plus pratique à notre époque où la puissance du procédé de l'intimidation diminue progressivement et où l'idée de la vengeance ne paraît plus trouver place dans le domaine du Droit Privé.

La peine civile, actuellement, correspond à l'ancien délit privé. Elle en est une transformation ou mieux une résultante. La peine privée existait autrefois uniquement parce que le pouvoir social n'était pas assez puissant pour assurer lui-même la répression des délits. C'est pourquoi on a pu objecter que la restauration d'une peine privée était en recul au point de vue historique.

(1) Louis HUGUENY, *La notion de peine privée*, Thèse, Dijon 1904.

(2) Louis HUGUENY, *id.*, p. 9.

Mais, comme nous l'avons fait entrevoir, cette notion que l'on cherche à introduire dans les chapitres du Droit Civil et de la Procédure Civile n'est pas une pure copie ou une pure survivance de la législation romaine. Il existe une pente insensible qui conduit de l'antique peine privée à la peine civile de nos jours et les degrés de cette pente sont dus à plusieurs faits : pression des phénomènes économiques et importance nouvelle des marchés conclus dans les sociétés modernes, adoucissement de la vengeance qui s'est transformée en une simple défense privée, insuffisance des dommages-intérêts qui ne sont pas toujours à même de réparer un préjudice d'une évaluation souvent difficile.

Ainsi, la peine privée dont le champ s'est rétréci et qui est devenue la peine civile est un intermédiaire entre la peine proprement dite et la réparation; aussi elle ne se dégage clairement que par voie de comparaison entre ces deux notions.

Si on envisage le point de vue matériel et objectif, la réparation se mesure exactement à la gravité du préjudice souffert; elle se modèle sur lui. La peine, au contraire, ne cherche pas à réparer exactement le dommage; avec elle, l'indemnité que doit verser l'auteur du préjudice à la victime n'est pas nécessairement équivalente au tort éprouvé et par conséquent est rarement susceptible de graduations.

Au point de vue moral et psychologique, peine et réparation peuvent apparaître identiques parce qu'elles supposent un point commun : la faute chez l'auteur du tort. Mais il n'y a là qu'une illusion. La jurisprudence nous enseigne dans ses arrêts que la faute pénale et la faute civile conduisant respectivement à la responsabilité pénale et à la responsabilité civile sont loins d'être identiques. De plus, la peine est instituée pour punir l'auteur du dommage alors que la réparation cherche à protéger la victime. C'est par là que l'intention du législateur peut permettre de différencier peine et réparation: s'il a voulu venir en aide à une victime il s'agit d'une réparation; s'il a voulu réprimer un agissement coupable il s'agit d'une peine.

Il découle de là que peine et réparation se distinguent encore par leur but. L'auteur cité précédemment écrit que « le but de la peine est de faire une nouvelle blessure, celui de la réparation d'en guérir une première ».

Cette brève analyse de la peine privée conduit à dire que dans son dernier état la peine privée est une indemnité tarifée appartenant au droit pénal par son principe et par son but, et au droit privé par sa forme et ses effets. Nous ajouterons qu'elle se manifeste pécuniairement et à le plus souvent pour but de châtier un délit ou un quasi délit commis dans des rapports de droit privé.

Cette notion de peine privée étant ainsi précisée nous pouvons remarquer que M. Hugueney a vu dans les dépens une véritable peine privée; une « peine privée imitative », dit-il, par rapport « aux peines privées qualitatives » et « aux peines privées quantitatives ». Grâce à une analyse scrupuleuse il arrive à distinguer dans le chapitre des peines privées initiales les dépens, la publicité des jugements, la confiscation qui se rapproche le plus du type idéal (1). Sous le chapitre des peines privées qualitatives, il range les peines privées en matière de succession et les peines assimilables, les révocations, résolutions et nullités, la naissance ou la perte des exceptions et la peine privée en matière de preuve. Enfin, sous la rubrique de la peine privée quantitative, il met la clause pénale, la peine fixée par la loi et par suite les dommages-intérêts tarifés, puis les dommages-intérêts évalués par le juge.

La peine privée est donc loin d'être spéciale au domaine de la procédure et les dépens sont également loin d'être le seul exemple de peine privée. Ils ne sont qu'une des formes ou plutôt qu'un des aspects de cette peine. Ils constituent une peine privée imitative au sujet de laquelle M. Hugueney s'exprime ainsi : « une troisième branche de peines privées englobe certaines manifestations pénales au sujet desquelles l'idée de peine privée se présente beaucoup moins comme le résultat d'une analyse réfléchie que comme le produit d'une comparaison instinctive avec certains types de peines identiques ou analogues...

(1) Dans un arrêt du 26 nov. 1902 au D. P. 1903, 2, 500 à propos de contre-façons en matière de propriété littéraire et artistique, nous trouvons les deux peines privées de la confiscation et des dépens réunies. Voici les termes de l'arrêt... Dans ces conditions, tout en ordonnant la confiscation des tableaux contrefaits et en accordant le franc de dommages-intérêts réclamé, il n'y a pas lieu d'ordonner les insertions sollicitées à titre de supplément de dommages, la condamnation aux dépens étant avec la confiscation une suffisante réparation.

Nous voulons parler de cette théorie des dépens sur laquelle plane encore le souvenir des systèmes de peines autrefois établies contre les plaideurs téméraires et de l'autre côté de ces deux mesures de la publicité des jugements et de la confiscation... qui jouissent de la propriété d'être, suivant les cas, peines publiques ou peines privées ».

Pour nous convaincre que la théorie des dépens peine-privée est la plus exacte, M. Hugueney invoque plusieurs arguments. Il cite d'abord un procès perdu par plusieurs. La Cour de Cassation, sous prétexte de dommages-intérêts autorise contre les perdants de mauvaise foi une condamnation aux dépens solidaire, qu'elle n'eut point admise contre des plaideurs de bonne foi (1). D'où il suit que le droit du gagnant aux dépens apparaîtra comme doué de plus ou moins de force, suivant l'état d'âme de ses adversaires ».

M. Hugueney cite ensuite d'autres hypothèses où l'influence de l'idée de peine privée se trouve mise en relief de façon plus saisissante. D'abord, l'art. 766 du Code de procédure civile en matière de procédure d'ordre déclare qu'un créancier ayant vu, malgré une production suffisante, sa demande de collocation rejetée d'office par le juge commissaire, (si ce créancier réclame et que sa prétention soit admise par le tribunal sans qu'aucun créancier ait contesté la réclamation) a le droit de prendre sur les deniers provenant de l'adjudication au même rang que sa créance le montant des frais par lui exposés en vue de faire réformer à son profit le règlement provisoire lui portant préjudice, ce qui équivaut en somme à rejeter sur la masse cette charge supplémentaire.

C'est à ce principe posé par l'art 766, al. 2 que l'art. 766, al. 4, apporte une exception qui sert ici d'argument : « Si le créancier dont il s'agit a mis de la négligence dans la production de ses pièces, il supportera les dépens » (et l'article ajoute : « même en obtenant gain de cause »).

Il y a là une solution pratique qui, dans un cas particulier, présente une condamnation aux dépens jouant le rôle de peine, de peine privée : peine parce qu'elle est le châtiment d'une négligence, beaucoup plus que la réparation d'un préjudice; peine

(1) Cass., 29 juin 1903 (D. P. 1903, I, 411).

privée parce qu'elle procure aux autres créanciers affranchis du paiement des frais un enrichissement au moins, nous dit M. Hugueney, « à la manière de Frosine faisant le compte d'Harpagon ». Le troisième argument est tiré de la jurisprudence même : les tribunaux, usant de la faculté que la loi leur confère de compenser les dépens en tout ou en partie dans l'hypothèse où les parties succombant respectivement sur quelque chef, en profitent parfois habilement pour glisser dans cette répartition des dépens certaines considérations pénales (1). Ainsi, plusieurs arrêts au nombre desquels un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1901 (Cass., 28 oct. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 15) après avoir accordé à la victime du dommage le montant de la perte par elle éprouvée et le montant du gain manqué trouvent encore dans les dépens cet utile auxiliaire que certains cherchent dans la peine privée en vue de frapper plus durement le débiteur qui s'enrichit au prix des infortunes dont ses lenteurs calculées sont la source pour son malheureux créancier.

Nous avons enfin un dernier argument de droit comparé suivant M. Hugueney. Ce sont les conclusions du droit italien qui retient au sujet de la condamnation aux dépens le système subjectif de la réparation.

Au Brésil, la condamnation aux dépens revêt un véritable caractère de peine privée; dans beaucoup de cas, notamment en cas de résistance injustifiée, on use d'une condamnation au triple des frais.

Nous avons jusqu'ici analysé la peine privée et vu dans quelle mesure elle peut se concilier avec la condamnation aux dépens où l'on peut voir un de ses aspects.

Nous allons maintenant examiner l'opinion de quelques juristes partisans en matière de condamnation aux dépens du fondement de la peine privée.

Que nous enseignent donc les auteurs qui ont adopté ce fondement pour l'article 130 du Code de procédure ?

Jousse (2), commentant l'Ordonnance de 1667, nous dit :

(1) Cass., 23 déc. 1902. S. 1903, I, 224.

(2) Commentaire sur l'Ordonnance d'avril 1667, t. 2, titre 31 *Des dépens*, p.

« La condamnation aux dépens est la peine dont les juges doivent punir ceux qui succombent ».

Pour Sallé (1) qui commente aussi l'ordonnance « le fait d'intenter une action ou d'y résister injustement, constitue une faute, car il y a si peu de contestations si douteuses et si problématiques qu'on ne puisse avec raison imputer à l'une des parties d'avoir entrepris une contestation mal fondée ».

A ce même sujet, Boutaric (2) écrit également : « Il est juste qu'une partie qui a gagné son procès soit remboursée des frais qu'elle a fait pour parvenir à un arrêt ou jugement de condamnation, et il est d'ailleurs de l'intérêt public que la chicane et la mauvaise foi ne soient pas impunies ». Cette peine, nous dit-il, n'était naturellement pas imposée au roi perdant son procès car « il y a des exceptions à la règle en faveur du roi plaidant contre les particuliers et des particuliers plaidant contre le roi ».

Cette idée de châtimement se retrouve chez Berriat St Prix (3), « celui des plaideurs qui est condamné par le juge est censé mal fondé dans ses prétentions et par conséquent avoir mal à propos forcé son adversaire à paraître ou à ester en justice; il est donc juste qu'il supporte les frais de la procédure ».

Des auteurs contemporains ont parlé dans le même sens : ainsi, pour M. Louis Crémieu (4) « la condamnation aux dépens de la partie perdante est la juste sanction de la faute qu'elle a commise et du préjudice qu'elle a causé à son adversaire en intentant le procès ou en y défendant d'une façon téméraire et sans droit ». Pour lui, le seul fait d'intenter une action ou d'y résister injustement constitue une faute dont les dépens sont la peine.

Dans le domaine du Droit civil, en traitant des obligations, Larombière (5) nous affirme aussi que la condamnation aux dépens est bien une peine dans tous les cas où il y a succombance et il oppose ce fait au cas de faute entraînant alors des dom-

(1) SALLÉ, *Esprit des Ordonnances*, p. 381, t. 1.

(2) BOUTARIC, *Explication de l'Ordonnance de Louis XIV sur les matières civiles*, p. 325, t. I.

(3) BERRIAT ST PRIX, *Cours de proc. civ. à la Faculté de Droit de Paris*. Voir art. 130.

(4) *Précis de proc. civ.*, 1924, p. 340 et 341.

(5) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 5, p. 734.

gages-intérêts : « Les simples dépens qui sont la peine du plaideur téméraire ne doivent point être considérés comme des dommages-intérêts, ils ne sont que l'indemnité des frais de procédure exposés par celui qui a gagné son procès. Mais les tribunaux peuvent condamner la partie qui succombe à titre de dommages-intérêts toutes les fois qu'il résulte des circonstances dont l'appréciation est laissée à leur pouvoir souverain que par la manière dont la demande ou la défense a été introduite, présentée et soutenue, elle a commis envers son adversaire un véritable délit ou quasi-délit. Il ne s'agit plus alors de la seule témérité du plaideur et de la peine qui y est attachée, mais bien d'un calcul de fraude et de mauvaise foi, d'un système d'injures et de vexations ou tout au moins d'une faute et d'une imprudence que leur gravité rend inexcusable... Mais, nous le répétons, il faut qu'on ait à reprocher au plaideur qui succombe tout autre tort que d'avoir été simplement téméraire dans ses prétentions. Il doit y avoir de sa part, indépendamment de cette témérité ordinaire, un véritable délit ou quasi-délit... ».

Les dépens, dans tous les cas ordinaires, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas faute sont donc le châtimement des plaideurs téméraires. Ils peuvent arriver à entraver d'inutiles procès et à « punir les coupables amis de la chicane ».

§ 2

CRITIQUE DE LA THÉORIE DE LA PEINE APPLIQUÉE AUX DÉPENS

Boncenne (1) est un des premiers auteurs qui commence à ruiner la théorie de la peine; il préfère la remplacer par l'idée d'indemnité. Il rappelle qu'autrefois on emprisonnait pour les dépens après les quatre mois de la sentence bien que la contrainte ne fut sous aucun rapport applicable à l'objet principal.

(1) BONCENNE, *Traité de proc. civ.*, t. 2, p. 534. On peut aussi noter p. 547 : « La condamnation aux dépens n'est point une peine légalement parlant. J'ai déjà eu l'occasion de le faire observer. Les dépens sont accordés à la partie qui gagne afin qu'elle soit rendue indemne par la partie qui perd des frais qu'il a fallu déboursier pour soutenir le procès *propter litem et non propter crimen* car plaider n'est pas crime ».

Cette mesure servait de frein à la fougueuse témérité des plaideurs « *ad coercendam in litibus movendis temeritatem* ». On voyait, de plus, des enfants contraints par corps à raison des dépens faits par leur père après la mort duquel ils avaient repris une instance. Il émet ensuite son opinion : « Il est vrai, dit-il en général, que les dépens sont la peine du plaideur téméraire, mais il n'est pas moins constant que la plupart des procès sont mis en jeu par des doutes qui s'élèvent de bonne foi dans l'esprit des plaideurs, que ces doutes sont entretenus par l'imperfection d'une foule de textes, par la diversité des avis et que la loi elle-même veut que l'on s'adresse aux tribunaux parce que nul n'a le droit de se faire justice. Les dépens sont dus par la partie qui perd son procès pour que celle qui le gagne soit rendue indemne des frais qu'elle a été obligé d'avancer : « *propter litem et non propter crimen* ». Ce ne sont que les dommages et intérêts qui réparent les préjudices réels et les vexations outrageuses ».

Toute une série de juristes se prononcent dans le même sens en se fondant sur le fait qu'introduire ou soutenir une action en justice de bonne foi ne peut constituer une faute et, partant, donner lieu à une peine (1). L'accès des tribunaux est évidemment ouvert à tous.

Il est excessif de dire que celui qui a soutenu de bonne foi un procès et sans témérité doit être puni. Comme on peut le constater dans de nombreux cas, celui qui succombe est souvent de bonne foi. Il croyait fermement que sa résistance était juste ou sa demande justifiée. Mais il pouvait s'agir d'une question très compliquée soulevant de nombreuses difficultés de droit et de fait. Il serait donc injuste de le punir s'il a succombé.

Voici une opinion qui résume parfaitement cette critique à notre avis (2) : « On comprend des peines contre les plaideurs

(1) Parmi lesquels MM. GLASSON et TISSIER, GARSONNET et César BRU, MOREL. Ce dernier s'exprime ainsi : « Les uns voient dans la condamnation aux dépens une sorte de peine infligée au plaideur téméraire. Cette explication est critiquable car bien souvent le perdant n'a commis aucune faute; on ne voit pas dès lors pourquoi on lui infligerait une peine. » MOREL, *Traité de proc.* « Les frais de justice », chap. 1^{er}, « Les dépens ».

(2) GLASSON et TISSIER, *Traité de proc.*, t. 3, p. 126, édit. 1929. Dans le même sens BOITARD et COLMET-DAAGE, *Leçons de Procédure civile*, t. I, p. 232 et 233 : J'ai dit et je ne puis trop vous rappeler qu'il est faux de dire comme on le

de mauvaise foi, mais on ne s'expliquerait pas une peine contre tout plaideur qui succombe après avoir soutenu de bonne foi et prudemment sa demande ou sa défense ».

Qui oserait en effet soutenir que le perdant de bonne foi à qui on ne peut reprocher ni dol, ni faute, ni même imprudence, doit être condamné aux dépens au même titre que le plaideur de mauvaise foi dont les prétentions sont autant de détestables chicanes? On ne peut tout de même pas affirmer qu'un plaideur est téméraire parce qu'il succombe. S'il en était ainsi ce serait la négation de la liberté de l'action en justice. Il ne faut pas oublier non plus que la pluralité de degrés dans les juridictions vient encore compliquer la question. Des décisions tout à fait différentes peuvent en effet être données successivement. Comme le fait remarquer M. Bourignon (1) : « Ne voit-on pas des gens persuadés, chaque jour, de la parfaite bonté de leur cause, qui gagnent en première instance et perdent en appel, regagnent leurs avantages en Cassation et succombent définitivement devant la Cour de renvoi? Qui dira, à la suite de cette mêlée procédurière, qui devait à priori s'apercevoir de l'infériorité de ses armes et reculer au seuil du champ clos? Qui donc fut ici téméraire ou imprudent?... Le perdant ne peut donc être condamné à titre de peine. La peine, d'ailleurs, suppose une liberté qui n'existe pas chez le plaideur, car on ne peut dire raisonnablement que tout individu est libre de plaider ou de ne pas plaider ».

Tout ceci est très exact; d'ailleurs, pour sauvegarder nos intérêts, n'est-il pas indispensable d'estimer en justice? Il n'est pas toujours aisé de faire grief à celui qui expose sa revendication en justice ou qui résiste à la demande de son adversaire.

Nous trouvons donc de sérieux arguments qui nous permettent de rejeter l'idée de peine comme fondement de la condamnation aux dépens. Agir en justice est un droit reconnu par

fait trop souvent que les dépens sont la peine infligée par la justice aux plaideurs téméraires. Non, il y a dans les dépens aucun caractère de châtement, aucun caractère de pénalité, la restitution des dépens est uniquement le remboursement que doit faire le perdant des frais que le gagnant a été obligé d'avancer, c'est une dette comme une autre et rien de plus ».

(1) Thèse Bordeaux 1902, *Les frais de justice en matière civile et commerciale*.

tous, et par suite, user de ce droit ne peut entraîner une peine. « *Nemo damnum facit qui suo jure utitur* ». Ce n'est que si le plaideur agit de mauvaise foi, par esprit de malice ou de vexation qu'il sera puni et cela non au moyen de la condamnation aux dépens, mais de dommages-intérêts fondés sur l'art. 1382 du Code civil. D'ailleurs, pour la majorité des auteurs, l'idée de peine appelle celle de faute et la simple succombance pour eux ne peut être considérée comme une faute et par conséquent est exclusive de toute pénalité.

L'origine de la théorie de la peine ne saurait assez prouver en sa faveur; quoique l'art. 130 dérive directement de la législation romaine et de l'ordonnance de 1667, rien ne dit que les préoccupations des législateurs de ces temps correspondent encore à celles d'aujourd'hui, car les conceptions juridiques ont beaucoup évolué.

L'analogie avec les autres peines de procédure est non moins convaincante; les différentes amendes des voies de recours et autres, que nous avons déjà citées, ne sont que des dispositions exceptionnelles qui ont aussi subsisté par la tradition et qui doivent être envisagées « *strictissimae interpretationis* ».

Beaucoup de critiques disent aussi : « Il ne peut pas y avoir de peine sans une amende prévue par la loi ». Si le législateur voulait que les simples dépens constituent vraiment une peine il devrait s'exprimer ainsi : « Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens à titre de peine », ou encore : « toute partie qui succombe paiera au gagnant une amende correspondant aux dépens ».

Nous sommes donc bien dans un domaine où la règle : « *Nulla poena sine lege* » s'applique exactement, et l'on ne peut rien répondre de très probant à ceux qui objectent l'absence de texte positif donnant expressément le caractère de peine à la condamnation aux dépens. « Nul ne sera puni sans une loi promulguée antérieurement au délit », déclare l'art. 8 de la « Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen », expression reprise par l'article 4 du Code pénal. Le juge ne peut en effet créer des châtiments par voie d'interprétation. En qualifiant la condamnation aux dépens de peine, on ne fait qu'interpréter l'article 130 du Code de procédure, dans un sens inadmissible.

Il est vrai que beaucoup d'articles du Code civil et du Code

de procédure seraient loin de se suffire à eux-mêmes sans une interprétation. C'est un argument dont s'emparent les adversaires de cette théorie. En définitive, il n'existe pas un texte édictant une peine dans notre domaine; ce n'est pas une lacune, mais un fait voulu expressément par le législateur.

De plus, comme le fait remarquer M. Japiot, on raisonne « à l'envers » pour arriver à cette notion de peine. « C'est l'échec qui démontre la témérité du plaideur » dit-il. Et, en effet, on part du résultat de l'action pour affirmer si oui ou non le perdant a été téméraire et mérite une peine.

Enfin, il y a au-dessus de cela l'idée plus générale qu'on ne saurait reconnaître des droits aux citoyens et les empêcher de les défendre.

Nous concluons donc avec M. Garsonnet « que la condamnation aux dépens, n'a rien de commun avec la peine du plaideur...; qu'on peut abuser de son droit en le poursuivant avec une âpreté déplacée, en intentant sans intérêt suffisant une action nuisible au crédit, ou à la considération du défendeur, en retardant par une résistance injuste un jugement dont le demandeur avait un besoin urgent et immédiat, en se livrant gratuitement à des imputations injurieuses ou diffamatoires, mais il est toujours légitime d'exercer une action et à plus forte raison d'y défendre. La partie qui succombe n'est donc soumise de ce seul chef à aucune peine; elle doit seulement (la condamnation n'a pas d'autre objet) indemniser son adversaire du dommage qu'elle lui a causé en l'obligeant à se mettre en frais pour soutenir une juste demande ou pour défendre à une demande qui ne l'était pas (1).

Ainsi, la théorie de la peine en matière de condamnation aux dépens nous paraît condamnable. Parfaitement explicable au cours de l'histoire de cette institution, elle ne peut plus être admise aisément dans notre pratique jurisprudentielle moderne, qui préfère s'appuyer sur d'autres concepts, comme nous le verrons par la suite. La raison historique ne saurait suffire à donner ce fondement à la condamnation aux dépens.

(1) GARSONNET, *Précis de proc. civ.*, t. 3, 3^e édit., 1913, p. 519 et 520.

Comme dit M. Glasson (1), tous ceux qui ont participé à la préparation d'une loi savent que le nouveau législateur reproduit assez volontiers la loi antérieure lorsqu'il ne veut pas directement statuer en sens contraire. Or, le Code de procédure entend bien, ainsi que l'Ordonnance de 1667, que le perdant paye les dépens du plaideur téméraire; mais la prescription n'est pas aussi rigide que par le passé et, de plus, si les termes de la vieille règle ont été fidèlement reproduits, l'esprit qui l'anime est loin d'être resté immuable. Point n'est nécessaire de vouloir conserver l'idée de pénalité qui peut céder sa place à des notions plus modernes. C'est ce que nous révèle la jurisprudence elle-même.

L'éminent sociologue Tarde nous disait que la condamnation aux dépens était le dernier boulevard, sinon de la peine privée, du moins de la pénalité civile, boulevard, a ajouté M. Louis Huguenev, qui ne résiste guère aux assauts. En effet, on doit s'incliner devant cette observation. Si les dépens étaient une peine ils supposeraient une faute; ils ne frapperaient point indistinctement plaideurs de bonne et de mauvaise foi; ils ne prendraient point pour mesure invariable un préjudice apprécié de façon mesquine. Nous verrons bientôt que les dépens supposent une faute mais que cette faute se situe à la base d'une réparation et non d'une peine. Considérer les dépens comme une peine privée c'est être victime d'un « mirage historique »; c'est apercevoir l'institution à travers le prisme déformant des peines de procédure du passé, toujours selon une expression de M. Huguenev.

§ 3

APPLICATIONS PRATIQUES DE CE SYSTÈME

I. — *La condamnation d'office*

Voici le problème posé : les juges peuvent-ils, lorsque les plaideurs n'ont pas déposé de conclusions au sujet des dépens,

(1) GLASSON, *Précis de proc. civ.*, (avec le concours de COLMET-DAAGE), t. I, p. 380.

condamner d'office le perdant à payer ces dépens ? Tout d'abord arrive-t-il souvent que les plaideurs ne concluent pas sur les dépens ? Avec le ministère de l'avoué imposé dans la plupart des juridictions le fait est plutôt rare. Le plaideur n'est pas livré à lui-même au cours de l'instance ; c'est l'avoué qui accomplit les diverses formalités et notamment rédige les conclusions. Par conséquent, si ce n'est le cas d'un avoué négligent ou étourdi, la condamnation aux dépens figure dans les conclusions.

Le fait est davantage plausible devant certaines juridictions d'exception où le plaideur n'est pas représenté par un officier ministériel, telles que les justices de paix et les justices consulaires. Le plaideur qui est souvent loin d'être au courant des règles de l'instance peut parfaitement oublier de mentionner dans les conclusions la condamnation aux dépens de la partie perdante.

Dans ce cas, les partisans de la peine se prononcent évidemment pour cette condamnation d'office. C'est une sanction que le juge doit prononcer nécessairement, quoique le gagnant ne l'ait pas invoquée. Le texte de l'art. 130 est impératif : « Toute partie sera condamnée aux dépens » (1). Il y a là une notion d'ordre public à laquelle le juge doit satisfaire avec la même rigueur que lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue. Jousse, dans son Commentaire, nous dit : « Le caractère pénal de cette condamnation explique qu'elle soit prononcée d'office ».

Dans le *Dictionnaire de procédure civile*, de Bioche (2), au mot « dépens » nous lisons, au sujet de la condamnation d'office : « Bien que les termes de l'art. 130 du Code de procédure civile ne soient pas ceux de l'Ordonnance de 1667, ils n'en sont pas moins impératifs : « Toute partie sera condamnée », et les dépens n'en sont pas moins la peine du plaideur téméraire. L'ordre public est intéressé à ce que cette peine soit prononcée malgré l'oubli des parties. Les mots : « sera condamné aux dépens » veulent-ils dire que le juge doit prononcer d'office la condamnation aux dépens, ou bien, suivant le droit commun qui veut

(1) L'Ordonnance énonçait déjà dans son art. 1^{er} : « Défendons de prononcer par hors cours sans dépens ».

(2) BIOCHE, *Dict. de proc. civ.*, p. 67, n° 46.

que les tribunaux n'accordent rien sans qu'on le leur ait demandé, faut-il qu'on ait conclu aux dépens pour pouvoir les obtenir ? Les jurisconsultes qui attribuent aux dépens le caractère pénal ne doutent pas que la condamnation doive être prononcée d'office par le juge. Son intervention spontanée dans une matière d'ordre public est rationnelle. Il serait immoral de laisser échapper un plaideur téméraire au juste châtiment de sa faute. Les mots mêmes de l'article imposent, dit-on, une véritable obligation au juge, il ne saurait s'en affranchir sans violer la loi. On invoque en outre des considérations historiques : Quoi de plus formel dans l'Ordonnance de 1667 : « Voulons qu'ils soient taxés en vertu de notre présente ordonnance » (1).

Il y a donc un intérêt supérieur qui commande le principe de la condamnation d'office : c'est celui de l'ordre public. Il faut empêcher la multiplication des contestations entre citoyens ; la menace d'une peine produira un effet salubre (2) pour les partisans des dépens qui trouvent leur fondement dans la peine associée à l'intimidation.

II. — *La solidarité des plaideurs en matière de dépens*

Il s'agit de savoir, pour les partisans de notre théorie si, en cas de pluralité de perdants, ceux-ci sont tenus conjointement ou solidairement de la dette des dépens. Sans nul doute ils admettent la solidarité, car les perdants agissent dans un intérêt commun et doivent subir vis-à-vis du ou des gagnants une peine commune. La peine, comme la faute, a un caractère indivisible. Comment peser exactement la portion de peine qui doit être attribuée à chacun ?

L'art 55. du Code pénal est ici applicable : « Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit

(1) BOURIGNON, Thèse Bordeaux 1902 : *Les frais de justice en matière civile et commerciale*.

(2) C'est dans ce sens que se prononce le plus souvent la Cour de Cassation : « Attendu que l'art. 130 du C. de proc. civ. porte que toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens, que la loi n'exige pas pour que cette condamnation soit prononcée qu'elle ait été requise par la partie qui doit en profiter contre celle qui l'a encourue.... » Cass., 3 août 1891. G. P. 1891, 2, 381.

seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages et intérêts et des frais ». On ne distingue pas quelle juridiction a prononcé la condamnation, mais il faut que les individus aient été condamnés pour un même crime ou délit.

Les adversaires de cette théorie ont une réponse catégorique et toute traditionnelle : La solidarité, disent-ils, ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée, c'est-à-dire qu'elle découle de la convention expresse ou de la loi. A quoi les partisans de la peine répondent à leur tour : il est juste que le gagnant, qui a été engagé malgré lui dans une affaire, puisse exiger de l'un ou de l'autre de ses adversaires une réparation intégrale sans se préoccuper si chacun d'eux tour à tour est solvable ou non.

A cause de son caractère même d'indivisibilité la solidarité ne peut qu'accompagner la peine.

III. — *Etendue de la condamnation aux dépens*

Ici on admet qu'elle est fixe, que toujours les mêmes dépens doivent y rentrer dans chaque cas analogue et cela sans proportionnalité avec le préjudice, car une peine est essentiellement arbitraire. De plus, toute idée de compensation est à rejeter, car la peine n'est pas comme la réparation qui se modèle sur le préjudice. Néanmoins, si les plaideurs ont conclu qu'il s'agirait de tous les dépens faits à l'occasion du procès (1), il faudra rechercher quels sont précisément ces frais car le juge devra s'incliner ici devant la volonté expresse des parties.

IV. — *Faut-il recourir à des voies de recours lorsque le juge a omis de statuer sur les dépens ?*

De façon générale il paraît illogique que le gagnant soit obligé de payer une portion des dépens parce que les juges ont omis de statuer à ce sujet. Mais il ne faut pas oublier qu'ici nous sommes dans le domaine de la peine, or, une peine se prononce

(1) Dans cette hypothèse il faudra quand même faire jouer la théorie de la cause génératrice ou occasionnelle de tel ou tel frais.

d'office, elle ne peut faire l'objet d'un recours, car alors elle perdrait son caractère d'arbitraire et de nécessité. L'Ordonnance de 1667 qui envisageait la pénalité était formelle à ce sujet et ne donnait lieu à aucune hésitation. Même si le juge n'avait point statué sur les dépens (s'ils n'avaient été adjugés), le perdant devait les payer (1). Cela venait encore évidemment du caractère d'ordre public. Toute voie de recours devenait inutile. Ce serait encore la solution logique dans une pratique qui se conformerait strictement à la théorie que nous venons d'exposer.

Mais on conçoit qu'il est peu aisé et même impossible, une fois le litige terminé et la sentence rendue, que le gagnant vienne réclamer les dépens au perdant s'il n'en a été question dans le jugement.

Le perdant se refuserait à payer devant un gagnant qui n'aurait aucun titre exécutoire valable et ne possédant qu'un extrait de jugement ne touchant en rien à la question des dépens. L'emploi des voies de recours ne peut donc être que nécessaire à l'heure actuelle. C'est ce que l'on peut opposer aux partisans de la peine qui ne peuvent pas les admettre.

Telles sont les principales conséquences pratiques de la théorie qui fonde la condamnation aux dépens sur l'idée de peine.

En définitive, cette théorie nous paraît être digne d'un plus grand intérêt que les précédentes. Pour les raisons que nous avons exposées précédemment nous nous sommes vus contraints de l'abandonner; néanmoins elle est préférable aux autres systèmes. M. Japiot qui, cependant, on l'a vu, a soutenu la théorie du risque n'a pas rejeté impitoyablement celle de la pénalité. Il nous a fait remarquer que la notion de peine « ne faisait pas irruption dans le domaine de la procédure comme une inconnue ou une étrangère dont l'allure bizarre faisait tâche dans l'ensemble »; car, dit-il, « dans ce domaine les institutions un peu surannées ne sont pas rares et les dépens-pénalité peuvent

(1) « Voulons qu'ils soient taxés en vertu de notre présente ordonnance au profit de celui qui aura obtenu définitivement encore qu'ils n'eussent été adjugés, modérés, liquidés, refermés ».

y trouver place sans discordances à côté de l'amende de fol appel et des amendes prévues en cas d'échec des recours en général » (1).

Il ne défend pas pour autant la conception des dépens-pénalité, mais il avoue que le maintien d'une idée traditionnelle fut-elle jugée fausse par l'opinion actuelle n'est pas insoutenable dans l'interprétation du Code de Procédure.

Si M. Japiot s'exprime ainsi c'est parce qu'il a constaté que l'idée de pénalité n'était pas si éloignée qu'on pouvait le supposer de celle du risque, et cela surtout au point de vue pratique : « pénalité ou risque, il s'agit toujours de donner au juge le pouvoir de frapper un plaideur qui, sans doute n'est coupable que de n'avoir point réussi.

Personnellement, nous procéderons comme l'auteur de la thèse du risque. Sans adopter le système de la pénalité, nous ne saurions cependant le rejeter aussi sévèrement que les autres, car si l'on est obligé de respecter avec lui la tradition historique, il y a aussi le fait qu'il se rapproche de la théorie des dépens-faute qui est en partie la nôtre et qu'il nous reste à développer.

(1) R. JAPIOT, *Revue Trim. de Droit Civ.*, 1914, p. 533.

CHAPITRE VI

LA CONDAMNATION AUX DEPENS FONDÉE SUR LA FAUTE DELICTUELLE

§ 1

EXPOSÉ DE LA THÉORIE

Nous pénétrons maintenant dans le domaine délictuel; dans celui de la réparation impliqué par l'art. 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute de qui il est arrivé, à le réparer ». La simple condamnation aux dépens peut-elle s'accorder avec l'art. 1382 ? C'est le problème que nous devons examiner.

Mais auparavant et pour dissiper toute confusion, nous préciserons que, pour étudier la question, nous envisageons le cas normal de la condamnation aux dépens, c'est-à-dire où il n'y a pas eu précisément intention malicieuse de nuire à l'adversaire, car lorsqu'il en est ainsi la jurisprudence reconnaît en effet qu'il y a faute. Elle déclare généralement que « les prétentions sans fondement émises par le demandeur ne se réclament pas de l'exercice légitime d'un droit ou d'intérêts sérieux et légitimes; que le demandeur n'a agit que par esprit de malice et de chicane dans le but de nuire au défendeur et de lui causer un préjudice en le contraignant, par une procédure abusive et vexatoire, à exposer des frais et des dépenses » (1). Elle se prononce dans le même sens lorsqu'il y a défense opiniâtre.

C'est à ce moment que le juge prononce la condamnation aux dépens à titre de dommages et intérêts. Parfois même, lorsqu'il y a faute lourde équivalente au dol de la part du plaideur

(1) Cass. Req., 7 mai et 24 nov. 1924. S. 1925, I, 217.

téméraire, la partie qui succombe est condamnée à payer des dommages-intérêts en sus des dépens (1).

On note ainsi une gradation (2) dans la condamnation, (gradation que nous retrouverons dans la suite de nos développements) :

a) *simple condamnation aux dépens*;
b) *condamnation aux dépens à titre de dommages et intérêts*;

c) *Condamnation aux dépens et dommages-intérêts supplémentaires punissant l'intention dolosive de la partie condamnée*.

C'est le premier degré de cette échelle que nous avons à prendre en considération, c'est-à-dire la simple condamnation aux dépens, celle qui est prononcée ordinairement contre tout perdant qui a cru soutenir son bon droit pendant l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Peut-elle être envisagée comme une réparation ? C'est la solution qui a pu être adoptée par certains, mais qui a rarement eu l'autorité de la jurisprudence (3).

Si l'on songe que la majorité des jugements sont déclaratifs de droit, on remarque, le procès une fois terminé, qu'il y a d'un côté le gagnant dont le jugement vient de reconnaître le droit (tel qu'il existait avant d'être discuté en justice, c'est-à-dire avec les mêmes caractères et les mêmes prérogatives). De l'autre côté il y a le perdant dont l'attaque ou la résistance ont été inutiles et ont complètement ruiné ses prétentions mal fondées.

Sans nul doute, c'est le perdant qui est en faute. Il a contesté une situation qui, sans lui, n'aurait pas été troublée et que le jugement n'a fait que reconnaître et sanctionner, ou encore, il a résisté à une juste prétention provoquant une instance en justice qui aurait pu être remplacée par la simple reconnaissance d'un droit.

Quelle est donc la cause du procès ?

(1) Civ., 7 juil. 1904. (D. P. 1906, I, 67).

(2) GARSONNET et César BRU : *Précis de proc. civ.*, année 1909, p. 462 : «Si le tribunal estime.... tiendront lieu de dommages intérêts. »

(3) Voir *cependant* civ. 30 janv. 1934. (D. H. 34, p. 165) : « La condamnation aux dépens est la réparation imposée au plaideur qui succombe dans sa demande ou dans sa résistance à une demande injustifiée », de même (G. P. 1934, I, 681) et Cass. civ. 24 juin 1931. (G. P. 31, 2, 466).

C'est uniquement, dirons-nous, l'attaque ou la résistance du vaincu. En agissant en justice il a rompu des rapports de droit demeurés stables jusqu'à présent ou n'a pas voulu consentir à une juste et logique modification de ces rapports.

Or, comme on l'a dit, « il ne faut pas que celui qui a dû recourir à la justice pour faire respecter son droit souffre d'un préjudice, des prétentions mal fondées de son adversaire ». D'où cette condamnation prescrite par l'art. 130 du Code de procédure civile. Il y a là une règle d'équité que l'on peut concevoir comme étant une application de l'art. 1382 du Code civil.

C'est bien le vaincu qui a rendu le procès nécessaire et qui doit être seul à en supporter les frais.

Les faits ne sont-ils pas là pour démontrer qu'il était dans l'erreur de recourir à la voie judiciaire ou de vouloir s'opposer injustement à une revendication fondée.

Il peut, il est vrai, invoquer qu'il a cependant suivi une jurisprudence conforme à ses prétentions « ou qu'il a été induit en erreur par un texte équivoque », en un mot, il peut prétendre qu'il a été de bonne foi, qu'il n'a pas agi avec la seule idée de faire du tort à son adversaire.

N'est-il pas exact qu'il l'a troublé, qu'il lui a causé « des pertes de temps et de repos », des démarches pénibles, et tout cela pour échouer dans son action. La justice, en le condamnant, déclare qu'il a mal agi; il aurait agi comme il convenait en prenant une attitude contraire. En se comportant ainsi beaucoup diront qu'il a commis une faute, une faute de conduite qui a causé un préjudice plus ou moins considérable à son adversaire et qu'il doit réparer en payant les dépens (1).

Nous ne pouvons que mieux résumer la question en reprenant les termes suivants : « Celui qui résiste à une juste demande ou celui qui intente une action mal fondée occasionne à son adversaire les dépenses de procédure qu'il est obligé de faire pour la sauvegarde de ses droits. A qui faire raisonnablement supporter les frais sinon à celui qui par son entêtement, ou son ignorance (et l'on pourrait ajouter sa seule imprudence) les a rendus nécessaires ? L'agression illégale ou la résistance sans

(1) 10 nov. 1914. S. 1915, I, 43 ainsi que la note. (AArêt cité par GLASSON et TISSIER).

fondement se trouvent établies par la décision du juge qui, par voie de conséquence, se borne à faire application du principe de droit naturel de l'art. 1382 du Code civil en condamnant le vaincu à rembourser les frais que son adversaire victorieux a dû exposer » (1).

Ailleurs on peut lire : « La poursuite ou la défense illégale découle de la sentence du juge qui fait application du grand principe de l'art. 1382 en condamnant le vaincu à rembourser au vainqueur les dépenses de procédure qu'il a faites involontairement. »

Le perdant, par le fait même de soutenir ses fausses prétentions, a causé un dommage au gagnant; il lui en doit réparation (2).

En analysant la situation qui résulte de la perte du procès, nous allons examiner si, d'après les principes de l'art. 1382, il y a dans la simple dette des dépens les éléments de la réparation légitime due à la partie gagnante par le perdant. Autrement dit, la condamnation aux dépens est-elle une indemnité fondée sur l'art. 1382 ?

L'art. 1382 suppose la faute et le dommage ainsi que leur rapport de causalité. Avec l'art. 130 qui est l'agent et la victime de la faute ? Deux cas se présentent pour ceux qui sont partisans de ce système. Lorsque le demandeur est condamné il est l'agent de la faute et le défendeur en est la victime. Lorsque c'est le défendeur qui est condamné, il y a défense opiniâtre. Le défendeur, en se défendant inutilement, commet la faute, le demandeur devient la victime d'une défense injuste.

On peut remarquer que dans certains cas on a un partage

(1) BOURIGNON, thèse, Bordeaux, 1902 : *Les frais de justice en matière civile et commerciale*.

(2) GARSONNET et César BRU, *Précis de proc. civ.*, année 1909, p. 462 : « Les dépens sont seulement la réparation du dommage que le plaideur téméraire a causé à son adversaire en le forçant à faire des frais pour soutenir une juste demande ou pour défendre à une demande qui ne l'était pas. » Voir également le *Traité de Proc. civ.* de GARSONNET et César BRU, 1913, n° 784.

H. BONFILS, *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, éd. 1883, p. 496, n° 877 : « ...le principe et les conséquences que la jurisprudence en a déduites reposent sur cette idée que la condamnation aux dépens est la réparation du préjudice causé par l'attaque ou la résistance injuste de la partie condamnée. Cette attaque ou cette résistance peut être plus ou moins répréhensible, plus ou moins dommageable suivant les circonstances propres à chaque cause ».

des responsabilités, car il y a succombance sur certains chefs seulement de part et d'autre. A ce moment le juge prononce la compensation des dépens, c'est-à-dire procède à leur équitable répartition.

Toujours en continuant notre analyse, cherchons d'où résulte la faute et quels sont ses caractères. La faute résulte d'un mauvais usage du droit qui cause le dommage et aboutit à la lésion du droit acquis. Elle est délictuelle. Elle est aussi active car elle provient du fait d'agir en justice, soit pour attaquer, soit pour se défendre (on est donc loin d'une faute passive résidant dans l'abstention).

La faute du perdant est-elle enfin « la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé » ? On peut dire plus exactement que c'est le trouble apporté à cet intérêt protégé ou encore l'opposition et la résistance à cet intérêt juridiquement protégé.

Enfin dernier caractère le plus important à notre point de vue : cette faute que l'on peut voir dans l'art. 130 du Code de Procédure civile est-elle intentionnelle ? C'est là une question sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. On peut déjà dire que la plupart du temps celui qui attaque ou qui se défend, bien qu'il ait presque toujours la ferme intention de gagner, sait parfaitement qu'il trouble son adversaire, qu'il modifie nécessairement des rapports de droit préétablis, en même temps qu'indirectement il ne respecte pas l'ordre social.

Quelles sont maintenant les caractéristiques du dommage ?

Il est à la fois matériel et moral, il est certain, personnel à celui qui reçoit réparation c'est-à-dire au gagnant; il porte atteinte à un droit acquis.

Ainsi il est possible de rassembler les éléments de la faute et du dommage autour de l'art. 130 du Code de Procédure civile. « Commettre une faute délictuelle dit M. Josserand c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent donc sans pouvoir invoquer un motif légitime. »

Or, le perdant évidemment n'a pu se réclamer ni d'un droit supérieur au gagnant, ni même d'un droit équivalent; quant au motif qu'il invoquait il n'était nullement légitime ainsi que l'a constaté le jugement !

Ce qui permet encore de dire que l'art. 130 suppose une

faute de la part du plaideur qui succombe c'est qu'on a élargi cette notion de faute en admettant qu'elle pouvait coïncider avec l'exercice d'un droit. « C'est commettre une faute que d'exercer son droit d'une certaine façon, incorrectement dans un certain but. » Le perdant a-t-il usé de son droit mal à propos ? C'est ce que nous allons examiner.

§ 2

LA FAUTE DANS L'EXERCICE DU DROIT

LE MAUVAIS USAGE DU DROIT PAR LA PARTIE SUCCOMBANTE

Nous touchons ici au domaine de l'abus du droit qui n'est pour nous qu'un aspect de la responsabilité délictuelle (1). Il n'est pas question ici de l'abus du droit d'ester en justice dont la jurisprudence fait souvent état : (le plaideur commet véritablement un abus du droit d'ester en justice lorsque sachant parfaitement qu'il doit succomber il intente un procès ou se défend uniquement en vue de nuire à son adversaire) (2).

Ici comme précédemment nous n'avons pas à nous placer sur le terrain de la chicane ou de la mauvaise foi, car s'il en était ainsi nous déclarerions certainement que la partie succombante a abusé de son droit et le problème serait résolu.

Nous sommes dans le cas d'une instance où il y a eu bonne foi de part et d'autre de la barre, où le demandeur a attaqué parce qu'il croyait fermement que ses prétentions étaient justes, et où le défendeur a riposté dans le même état d'esprit. Néan-

(1) Pour M. JOSSEFAND l'abus du droit est plutôt une portion de la responsabilité délictuelle. Il écrit : « La théorie de l'abus du droit n'est qu'une portion de la théorie bien plus ample de la responsabilité délictuelle et c'est à celle-ci que vont en réalité les objections qu'on lui adresse, ce qui revient à dire que ces objections ne peuvent rien parcequ'elles prouveraient beaucoup trop et jusqu'à l'absurde ».

(2) Tandis que la chambre civile limite l'abus du droit d'ester en justice « aux actes ayant le caractère d'un acte de malice et de mauvaise foi » ou du moins d'un acte d'erreur grossière équipollente au dol » (S. 1920, I, 213), la Chambre des Requêtes elle, est beaucoup plus large et retient comme abus du droit des demandes inconsidérées, ou non sérieuses, des appels frustatoires ou téméraires sans exiger l'intention de nuire.

moins peut on dire que le perdant a abusé de son droit en l'exerçant ainsi sans succès ?

Ce terme d'abus du droit appliqué à notre hypothèse peut paraître quelque peu excessif à certains. Il est évidemment aisé de prétendre que la partie perdante était parfaitement dans son droit d'agir car elle possédait une action à cet effet. Puisque nous ne nous plaçons ni sur le terrain de la chicane, ni sur celui de la mauvaise foi, on peut nous objecter qu'il n'y a eu que libre et valable exercice du droit.

A cela nous répondrons que s'il n'y a pas véritablement abus du droit, il y a au moins un aspect très voisin de cette notion, c'est-à-dire le mauvais usage du droit. Le plaideur condamné qui a ainsi usé de son droit pour arriver à un échec a incontestablement commis une faute dans l'exercice de ce droit. On ne met pas en doute qu'il avait le droit d'agir, mais on peut lui reprocher d'avoir utilisé ce droit mal à propos, par exemple de n'avoir pas assez réfléchi, de n'avoir pas pris de conseils avisés, en un mot d'avoir été négligent, imprudent, trop confiant en lui-même et par suite d'avoir mésusé de son droit.

On peut remarquer d'ailleurs que le droit d'intenter ou de défendre à une action est un droit si l'on peut dire « à contre partie », car il y a toujours un plaideur qui agit avec raison et un autre qui est en faute dans l'attaque ou dans la résistance.

Pour celui qui triomphe il n'y a jamais faute; il a eu raison de mettre son droit en action, il l'a exercé dans un but légitime, en vue de modifier une situation qui n'était pas légale; c'est ce que le juge reconnaît en prononçant le jugement en sa faveur.

Celui qui succombe est par contre dans ses torts, on peut toujours lui tenir grief d'avoir agi à tel moment, dans telles circonstances... Il n'a fait qu'apporter un trouble dans les rapports juridiques établis antérieurement. Il n'a pas usé de son droit à bon escient (les résultats du procès le prouvent); certains vont jusqu'à dire que dans une certaine mesure il en a abusé. On arrive à conclure que l'action en justice suppose nécessairement d'un côté une faute, une faute inévitable qui incombe au perdant et sans laquelle le litige n'existerait pas.

Il est évident que même dans l'exercice d'un droit qu'on ne saurait lui contester et quoi qu'il soit de bonne foi, l'homme doit agir avec prudence et réflexion, de façon à éviter de nuire

à autrui. C'est ce qui éviterait de nombreux litiges s'il en était souvent ainsi.

Là encore on peut objecter qu'il y a parfois cette prudence et cette réflexion « d'un homme sage et avisé » et que malgré tout le plaideur perd le procès. Ce résultat qui n'est pas conforme à la logique ne se présente que comme une exception, et lorsqu'il se produit le juge est à même en vertu de son pouvoir discrétionnaire d'intervenir pour atténuer la responsabilité et excuser en partie le préjudice causé; c'est-à-dire qu'il peut prononcer la compensation des dépens. Or qu'est-ce que la compensation des dépens sinon le moyen de graduer la faute, d'évaluer le préjudice avec plus ou moins de rigueur ? C'est parce que la réparation de l'art 130 du Code de Procédure est trop rigide, est une réparation de principe, que la pratique se charge d'apporter des nuances dans la responsabilité et de la répartir entre les plaideurs lorsque les circonstances de la cause le demandent.

On peu donc envisager la condamnation aux dépens comme la conséquence du mauvais usage du droit d'action ou de défense en justice par la partie vaincue.

Quand un plaideur perd son procès c'est qu'il n'aurait pas dû user ainsi de son droit; à lui de payer les dépens pour avoir contraint l'adversaire à la riposte ou n'avoir pas acquiescé à une juste revendication. Rien n'est plus exact que cette remarque subtile : « Chaque droit a sa nature, son ressort, son climat dans lequel son titulaire est tenu de le réaliser. En dehors de ce climat il peut encore le réaliser, il en a encore le droit, mais son usage peut en être abusif » (Planiol), et nous ajouterons peut en être mauvais.

Ce mauvais usage du droit qui ne suppose cependant pas ici l'intention de nuire aboutit au préjudice qui doit être réparé. Ceci s'accorde avec l'une des théories de la doctrine qui fait simplement consister l'abus du droit et partant le mauvais usage du droit, dans l'exercice du droit sans motifs légitimes (1).

(1) On sait que la doctrine présente deux théories au sujet de l'abus du droit; l'une ferme mais dont la portée est plus restreinte et qui réprime l'acte uniquement inspiré par l'intention de nuire, au nom de la morale (RIPERT); — l'autre moins solidement fondée mais plus souple et suivant de plus près la jurisprudence — qui fait consister l'abus du droit dans l'exercice d'un droit sans motifs légitimes (JOSSE-RAND) même si ce n'est pas avec intention mauvaise. Voir S. 1909, I, 206.

On peut établir ici un parallèle en matière civile et en matière administrative :

Usage du droit inopportun, sans intérêt suffisamment motivé et sans résultats, ainsi que le démontre l'issue du litige; tel est le lot qu'il faut attribuer au perdant qu'il est juste de voir s'acquitter envers le gagnant de la dette des dépens.

Pour compléter la théorie délictuelle et avant d'apporter les quelques critiques que l'on peut lui adresser, nous allons montrer dans un paragraphe troisième que les dépens sont souvent envisagés comme une réparation dans la doctrine. MM. Mazeaud les ont justement considérés comme de véritables dommages-intérêts réparant en partie le préjudice causé par le perdant au gagnant.

§ 3

LA THÉORIE DES DÉPENS DOMMAGES-INTÉRÊTS DE MM. MAZEAUD

MM. Mazeaud (1), dans leur traité de la Responsabilité civile, ont étudié la nature de la charge des dépens; ils lui ont même consacré des développements spéciaux dans leur étude du grand domaine de la responsabilité; c'est pourquoi nous croyons devoir nous y arrêter spécialement. Pour eux, les dépens sont une véritable réparation; ce sont des dommages intérêts, c'est dire à quel point ces auteurs considèrent que la condamnation aux dépens fait partie du domaine délictuel et relève de la faute.

Voici comment MM. Mazeaud exposent le système : « Le but de la condamnation aux dépens est de réparer le préjudice causé par le procès. Si le défendeur succombe il va donc voir s'ajouter à la condamnation aux dommages-intérêts (pour l'objet du litige) la condamnation aux dépens. En ne procédant pas volontairement à la réparation, en obligeant la victime à obtenir la reconnaissance en justice de son droit il lui a causé un nouveau

en droit administratif nous trouvons également un abus du droit d'ester en justice pour insuffisance de motifs par opposition à l'abus du droit par inopportunité quant au but. La première notion qui ne repose pas sur l'illicéité conduit cependant aussi à réparer le préjudice causé par l'instance et dans lequel figurent les dépens.

(1) MM. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3^e édition, 1939, t. 3, p. 601, n° 2430 « La charge des dépens ».

préjudice correspondant aux frais nécessaires à l'action. Cette condamnation sera également supportée par la personne civilement responsable puisque celle-ci répond de toutes les conséquences dommageables de l'acte accompli par l'auteur de la faute.

Et, inversement, si le demandeur succombe, il a, par sa faute causé un préjudice au défendeur. Celui-ci a été obligé de faire des frais pour se défendre contre l'action; il a droit à leur remboursement ».

Ainsi, les dépens qui sont à la charge des parties perdantes, ont toujours le caractère de réparation civile, et cela qu'ils soient dus par le demandeur ou le défendeur. Ils viennent seulement, d'après cette doctrine, « compenser le préjudice dû par le procès lui-même ». Le plaideur victorieux devient la victime d'un préjudice particulier, lequel doit être compensé par des dépens considérés comme dommages-intérêts.

MM. Mazeaud font remarquer que les dépens conservent leur caractère de dommages-intérêts, quelle que soit la juridiction qui condamne à les payer, y compris les juridictions répressives.

Après avoir démontré que les dépens sont bien des dommages-intérêts, les deux auteurs déclarent qu'en conformité de ce raisonnement toutes les règles posées pour ceux-ci sont applicables aux dépens, telles celles qui concernent la solidarité ou la transmissibilité passive aux héritiers.

On peut être tenté de faire une objection à ce système mais elle tombe vite. On peut objecter qu'en général les dommages-intérêts se modèlent sur le préjudice et ont ainsi un champ d'application très vaste pour chaque espèce. Or, les dépens sont limités; ils comprennent, comme nous l'avons vu, une certaine catégorie de frais et rien de plus. On peut même très souvent les évaluer par avance.

MM. Mazeaud préviennent cette remarque en déclarant : « seulement les dépens font partie de ces dommages-intérêts particuliers dont l'évaluation est faite forfaitairement par la loi. Pour obtenir les dépens, la partie qui triomphe est dispensée de prouver une faute spéciale commise par son adversaire en intentant le procès ou en y défendant, pas plus qu'elle ne doit démontrer le préjudice qu'elle a de ce fait éprouvé. Tout cela est présumé par la loi. En revanche, la loi établit un forfait pour la réparation ».

On peut ainsi considérer les dépens comme des dommages-intérêts évalués forfaitairement, donc préalablement par la loi, et MM. Mazeaud de conclure : « les dépens, *parce qu'ils sont des dommages intérêts*, sont toujours une réparation civile; ils ne sont jamais une peine ».

Si les dépens sont des dommages-intérêts, pourquoi le juge peut-il parfois condamner aux dépens à titre de dommages-intérêts (1). Nous répondrons que c'est lorsqu'il y a véritable intention de la part d'un plaideur de causer du tort à l'autre partie; c'est pour reprendre l'expression des arrêts : « lorsqu'il y a un acte de malice ou de mauvaise foi » ou au moins « un acte d'erreur grossière équipollente au dol ».

Ainsi, la faute dans la condamnation aux dépens varie de degrés : les simples dépens sont des dommages-intérêts tacitement contenus dans la loi; la faute peut devenir plus grave et le juge (qui ne reconnaît pas toujours nécessairement cette nature aux dépens) éprouve la nécessité d'indiquer que les dépens sont prononcés à titre de réparation, à titre de dommages-intérêts.

Pour ceux qui voient une réparation dans la dette des dépens, autrement dit qui placent celle-ci, comme nous, dans le domaine délictuel il n'y a qu'une échelle de valeurs entre la simple condamnation aux dépens et la condamnation aux dépens prononcée à titre de dommages-intérêts.

Nous avons déjà rencontré cette gradation. Ainsi, tandis que la Chambre Civile limite l'abus du droit d'ester en justice « aux actes ayant le caractère d'un acte de malice et de mauvaise foi » ou du moins « d'un acte d'erreur grossière équipollente au dol » (2), la Chambre des Requêtes, elle, est beaucoup plus large et retient comme abus du droit des demandes inconsidérées ou non sérieuses, des appels frustatoires ou téméraires sans exiger l'intention de nuire (3), on pourrait ajouter la mauvaise utilisation du droit.

Avec M. Josserand, en effet, on conçoit qu'un droit puisse être exercé sous l'empire d'un mobile qui ne soit pas conforme au but

(1) 23 fév. 1920. (S. 1921, I, 265).

(2) 14 janv. 1882. (S. 1883, I, 145). S. et Pand., 1920, I, 213.

(3) Pand. Périod., 1906, I, p. 188.

Pand. Périod., 1921, I, p. 265.

légitime sans être pour autant un mobile illicite. En outre, il est évident que l'exercice d'un droit sans motif légitime est illicite en lui-même, peu importe que l'agent ait su ou non qu'il contrevenait à l'esprit de la loi. C'est ainsi que nous retombons dans la notion de l'abus du droit.

Revenons sur la gradation de la faute que suppose la condamnation aux dépens. C'est évidemment la jurisprudence qui permet de relever la gradation qui part de l'inopportunité, de la simple erreur (1), de la simple inadvertance pour arriver à la mauvaise foi, au dol, à la chicane du plaideur téméraire (2) qui permet alors au juge de prononcer lui-même la condamnation à titre de dommages-intérêts.

La question est admirablement posée dans une note de jurisprudence où nous lisons : « Est-il exact de prétendre qu'avec la condamnation aux dépens il s'agit d'une condamnation ne variant point avec la faute ? A lire les textes légaux on en serait convaincu. Mais que l'on consulte la Jurisprudence, cette première impression ne tardera pas à se dissiper ; on verra que le plaideur de bonne foi se trouve libéré lorsqu'il a payé les dépens proprement dits, que le perdant, au contraire, convaincu de mauvaise foi supporte, avec les dépens, tous les faux frais du procès » (3).

La faute étant variable, la réparation l'est aussi ; elle peut même dépasser la valeur équivalente au préjudice et devenir trop importante par rapport à lui : c'est pourquoi la note fait

(1) Chambre Requête, 24 déc. 1940, au Recueil Analytique Dalloz du 20 mars 1941.

Ch. Sociale, 6 juil. 1939, au D. H. du 23 nov. 1939.

(2) S. 1930, 3, 17.

S. 1925, I, 217 : « Les juges ont fait droit à une demande reconventionnelle en dommages-intérêts formée par le défendeur, motif pris de ce que les prétentions sans fondement émises successivement par le demandeur ne se réclamaient pas de l'exercice légitime d'un droit et de la défense d'intérêts sérieux et légitimes, que le demandeur n'avait agi que par esprit de malice et de chicane, de mauvaise foi dans le but de nuire au défendeur et de lui causer un préjudice en le contraignant par une procédure abusive et vexatoire à exposer des frais et des dépenses, ont à bon droit à l'état de ses contestations décidé que le demandeur avait commis une faute à l'égard du défendeur et qu'il leur appartenait d'évaluer souverainement le montant du préjudice qui en était résulté pour le défendeur ».

(3) Cass., 29 avr. 1890. (D. P. 92, I, 10).

Cass., 22 déc. 1902. (S. 1903, I, 533).

Cass., 19 juin 1893. (S. 1894, I, 332).

ensuite allusion à un enrichissement du gagnant vis-à-vis du plaideur téméraire !

« En sorte que, si les dépens constituent une réparation et même une réparation imparfaite, ils forment du moins comme le premier échelon d'une réparation, variable suivant la faute, réparation qui, aux échelons supérieurs, s'inspire si bien d'idées pénales qu'elle aboutit en considération du dol du plaideur, lequel devient l'élément capital et vraiment caractéristique, à lui faire supporter certains dommages dont ses agissements, loin d'être la cause, n'ont été que l'occasion; au point qu'on a pu observer non sans raison qu'en certaines hypothèses le gagnant retirait de la condamnation du plaideur téméraire un véritable enrichissement ».

§ 4

APPRÉCIATION DU SYSTÈME DES DÉPENS-FAUTE

La première critique formulée contre cette théorie a été la suivante : « Le droit d'ester en justice en qualité de demandeur ou de défendeur est une faculté légale, or le simple usage d'une faculté légale ne saurait constituer une faute.

Tous les individus ont le droit de soutenir leur cause en justice, d'accéder librement aux tribunaux (1). Or, la théorie de la faute ne respecte pas suffisamment le principe de la liberté de l'action en justice (2).

Nos deux paragraphes précédents ont assez répondu à cette critique pour que nous ne reprenions pas ici la question.

Nous avons montré comment la condamnation aux dépens peut découler du mauvais usage du droit et comment on assimile les dépens eux-mêmes à des dommages-intérêts, en un mot comment l'usage d'une faculté légale peut, selon la façon dont elle est mise en jeu, constituer une faute.

(1) Le perdant, dit-on, utilise une voie de droit qui lui est ouverte, donc il ne paraît pas être fautif car « ce qui est licite par définition ne peut pas tendre au délit, c'est-à-dire à l'illicite ». On ajoute que dès l'instant où il existe une action qui sanctionne un droit manifeste, la notion de préjudice ne saurait fonctionner et l'on applique la maxime *neminem loedit qui suo jure utitur*.

(2) R. JAPIOT, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, art. cité., p. 528 et 529.

La seconde critique est la suivante : les dépens ne constituent pas la réparation intégrale du préjudice causé que prévoit l'art. 1382 du Code civil. Ils ne comprennent ni les honoraires des avocats, ni ces autres dépenses que l'on désigne ordinairement sous le nom de faux-frais et qui, nous l'avons vu, restent personnelles aux parties. La réparation n'est parfaite que lorsque le juge constate la mauvaise foi du perdant et prononce formellement la condamnation aux dépens à titre de dommages-intérêts.

Nous répondrons ici que la pratique a créé une réparation peut-être imparfaite parce que non intégrale, mais forfaitaire.

Sous le nom de dépens, comme nous l'avons vu, on a rangé telle et telle catégorie de frais dont on a jugé nécessaire d'indemniser le gagnant. Nous avons constaté d'ailleurs ici un usage qui a passé dans la tradition. Le texte, s'il avait voulu une complète réparation, aurait porté : « Toute partie qui succombera sera condamnée à payer tous les frais de procédure ». Il a voulu seulement en faire payer une certaine partie (et nous ajouterons, dans la majorité des cas), car il ne faut pas oublier que la règle perd beaucoup de sa rigidité avec le pouvoir discrétionnaire des juges qui se prononcent différemment suivant les cas d'espèces et qui ont notamment recours à la compensation des dépens ou, comme nous l'avons vu, à la condamnation à titre de dommages-intérêts.

Ainsi on pourrait dire que l'art. 130 est une limite minimum, pour certains une moyenne, que les juges font varier avec le préjudice éprouvé. C'est une de ces règles qui, au premier abord, paraissent très rigides mais qui sont nuancées et atténuées par la pratique.

Nous ne devons donc pas déduire, ainsi qu'on le prétend, que l'art. 130 du Code de proc. civ. ne comporte pas une réparation du préjudice causé par le perdant et que partant, il ne fait pas partie du domaine délictuel.

Pour répondre à la critique précédente, on peut aussi reprendre comme l'ont fait certains auteurs (1) l'art. 1151 du Code civil, d'après lequel les dommages-intérêts ne comprennent, même en cas de dol du débiteur, que ce qui est une suite immédiate et directe des agissements de l'auteur du préjudice.

C'est ce qui nous permet encore d'expliquer que les dépens

(1) JAPIOT, GARSONNET et César BRU.

ne comprennent pas les faux frais, les honoraires d'avoué, d'avocat et de façon générale tous les frais qui ne rentrent pas dans les dépens proprement dits.

On pourrait nous objecter que l'art. 1151 du Code civil figure dans le titre « *Des contrats et obligations conventionnelles* » en général et contient lui-même le terme de « convention ».

Mais on peut soutenir que ce texte n'exprime que la conséquence d'un principe plus général qui régit également le dommage causé par la faute délictuelle (1).

Enfin, voici la troisième critique que l'on a fait à notre système : souvent il n'y a pas intention de nuire, il n'y a ni témérité, ni esprit de chicane, ni mauvaise foi équivalente au dol de la part du perdant, il n'y a donc pas les caractéristiques d'une faute.

Ce problème de l'intention que l'on retrouve à plusieurs reprises dans le domaine délictuel est très délicat.

Dans une certaine mesure, il oppose la théorie objective à la théorie subjective de la faute, l'une s'attachant à la source de l'acte, étudiant l'attitude de l'agent, en un mot l'intention; l'autre regardant plutôt les résultats de l'acte et raisonnant ainsi : dès l'instant qu'il y a eu tort causé il y a eu faute.

Ce n'est pas le moment de se prononcer sur ces différents concepts.

Nous admettons que dans la plupart des cas (et non dans tous) le perdant n'a pas eu cette intention de nuire vis-à-vis du gagnant, il a cru agir à bon escient. Malgré cela il lui a fait du tort, les faits sont probants à cet égard, et particulièrement les dépens ont été occasionnés. On peut très bien être doué de bonnes intentions, ou tout au moins ne pas être animé de mauvaises, et malgré cela causer un préjudice. A la limite même de ce raisonnement ce que l'on peut prendre pour un service peut devenir

(1) Ainsi le fait BARDE, *Traité des obligations*, t. 3, 2^e partie, n° 2880.

Pour l'art. 1150 au contraire visant les dommages prévus et imprévus on est d'accord pour l'exclure du domaine de la responsabilité extracontractuelle, mais il s'appliquerait peut être mieux que l'art. 1151 à la dette des dépens. C'est ainsi que l'on pourrait dire que les honoraires des avocats ne sont pas nécessairement prévus puisque leur ministère n'est pas obligatoire.

tout à fait l'opposé. C'est le cas de l'ours de la fable qui envoya le pavé pour tuer la mouche sur la tête de son compagnon.

Or, quel est l'acte qui dans le domaine délictuel sans être nécessairement abusif ou intentionnellement nuisible cause un dommage, si ce n'est le quasi-délit ?

Est-ce que la dette des dépens ne se fonde pas plus exactement sur le quasi-délit que sur le délit ? Tout en ne modifiant pas les conséquences de la condamnation aux dépens, le quasi-délit s'accorde mieux avec sa nature.

Il permet néanmoins de continuer à situer l'art. 130 du Code de proc. civ. dans le domaine délictuel. C'est pourquoi nous le préférons au délit, qui cependant était déjà un fondement en partie satisfaisant. C'est ce que nous allons examiner dans un dernier paragraphe.

§ 5

LA CONDAMNATION AUX DÉPENS FONDÉE SUR LE QUASI-DÉLIT

Comme son nom l'indique, la notion de quasi-délit est assez voisine du délit.

Dans la doctrine moderne, le quasi-délit est tout fait illicite qui cause à autrui un dommage, mais sans intention de nuire. Par là il diffère du délit. Celui-ci, dès l'antiquité, fait illicite générateur d'obligations a demandé par la suite une condition de plus, à savoir l'intention de nuire que les Romains n'ont pas connue ou plutôt, dont ils ne se sont occupés que dans deux ou trois délits spéciaux (1).

Aujourd'hui, le délit a toujours conservé son caractère et n'a pas cessé d'être un fait illicite. Mais, en outre, les juriconsul-

(1) Chez les Romains la plupart des délits étaient des faits spéciaux déterminés par la loi. Quelques-uns étaient plus généraux comme *le damnum injuria datum*. Après Justinien ils se sont tous fondus en une même notion.

tes modernes lui attribuent un caractère de plus, tiré de sa propre nature et qui est d'être intentionnel (1).

Comme on le voit, c'est l'intention seule de causer le dommage qui sépare le délit du quasi-délit. Le quasi-délit comprend tous les actes dommageables non intentionnels, quelque faible que soit la faute commise, dès l'instant où la responsabilité de son auteur est engagée : « l'imprudence la plus légère, dit-on, est un quasi-délit » et c'est, en effet, ce qui paraît résulter des dispositions de la loi (art. 1382-1383 Code civ.).

Il n'en était pas de même autrefois où l'on réservait le nom de quasi-déit à des fautes graves.

Le législateur lui-même n'a défini nulle part le délit et le quasi-délit (2). Il a seulement rapproché ces deux expressions dans l'intitulé d'un chapitre du Code civil ainsi que dans les articles 1310 et 1370.

« Il faut recourir aux ouvrages de doctrine (3) et à la jurisprudence pour apprendre que le quasi-délit, acte illicite comme le délit, s'en différencie dans notre droit par l'élément psychologique, le délit supposant chez celui qui s'en rend coupable un dol, c'est-à-dire une intention méchante, tandis que le quasi-délit, quoiqu'il soit imputable à son auteur, naît d'une simple négligence ou d'une imprudence non intentionnelle ».

(1) PLANIOL, *Traité de Droit Civil*, 1921, t. 2, p. 261 — Pour le quasi-délit voir p. 261.

Et PLANIOL et RIPERT, *Traité des obligations*, 1930, T. 6, p. 704 et 705.

(2) PLANIOL, *Classifications des sources des obligations. Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1904, p. 224.

(3) AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, 5^e éd., t. VI, paragraphe 446, p. 362.

BAUDRY, LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité pratique de Droit Civil*, t. IV, 5^e éd., Paris 1908 « Des Obligations », p. 534 et 535.

DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, Paris 1923, *Sources des Obligations*, t. III, p. 359, n^o 224.

COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 3^e éd., 1921, t. II, p. 361 : « Ainsi la différence entre le délit et le quasi-délit est purement psychologique. Le délit suppose chez son auteur un dol c'est-à-dire une intention méchante *animus nocendi*. Dans le quasi délit au contraire cette intention est absente, il y a négligence ou imprudence non intentionnelle. Cette distinction aujourd'hui constante (D. P. 1900, I, 458. S. 1900, I, 135) est d'ailleurs une création de notre jurisprudence car si nous avons emprunté le terme d'obligations quasi-délictuelles en Droit Romain ce mot avait chez les Romains un sens différent et celui d'aujourd'hui difficile à déterminer. »

Ainsi s'exprime-t-on (1) dans un ouvrage étudiant spécialement le quasi-délit et où l'on peut encore lire :

« Remarquons ici que l'article 1382 nous semble plutôt poser le principe de la responsabilité quasi délictuelle que celui de la responsabilité délictuelle comme on se plaît habituellement à le dire. En effet, cet article parle de la simple faute sans faire allusion à aucune intention dolosive ».

A la base du quasi-délit il y a donc une faute légère, très légère (*levissima culpa*), non voulue par son agent.

Déjà en droit Romain « La *négligentia* et l'*imprudencia* » que l'on retrouvait dans les différentes espèces de quasi-délits constituaient les éléments de cette faute légère (2).

Chez les auteurs coutumiers, le quasi-délit s'est élargi progressivement « au point d'être considéré comme la sanction de toute faute exclusive de dol, en même temps que son contenu a perdu sa fixité traditionnelle pour se modeler sur la formule à laquelle il doit correspondre ».

Désormais il n'y a plus qu'un quasi-délit qui existe dans tous les cas de faute non intentionnelle.

C'est Pothier qui en fixe la nature que nous retrouvons encore identique de nos jours. On appelle délit, dit-il, « le fait par lequel une personne cause du dommage ou quelque tort à une autre ».

« Le quasi-délit est le fait par lequel une personne sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable cause quelque tort à une autre ».

(1) Yvonne CHASTAIGNET, Thèse Bordeaux 1927, *La Notion de quasi-délit...*

(2) En Droit Romain les principaux quasi-délits étaient au nombre de quatre :

1 — Le premier venait de l'Edit « *si iudex litem suam fecerit* » lorsque le juge faisait le procès sien, rendait une mauvaise sentence par dol ou imprudence professionnelle.

2 — L'*actio de effusis et dejectis*.

3 — L'*actio de positis et suspensis*.

4 — L'Edit sur le *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* donnait des actions contre les patrons de navire, les aubergistes et maîtres d'écurie, à raison du *furtum* et du *damnum injuria datum* commis par les personnes à leur service.

Les quasi-délits secondaires étaient : 1) *Pa de feris* contre celui qui a gardé des bêtes féroces ou dangereuses au voisinage de la voie publique et qui ont causé un dommage; 2) *la cautio damni infecti*; 3) *l'action aquae pluviae arcendae*.

Et Pothier reprend dans son « *Commentaire de la coutume d'Orléans* » : « On appelle délits les faits illicites qui ont causé quelque tort à quelqu'un d'où naît l'obligation de réparer. Si ce fait procède de malice et d'une volonté de causer du tort, c'est un délit proprement dit, tel que le vol; s'il ne procède que d'imprudence, c'est un quasi-délit ».

Pour Pothier, toutes les fois qu'il y a faute non intentionnelle il y a donc quasi-délit.

C'est bien là la conception qui se dégage de notre Code civil et qui s'est maintenue en Droit moderne.

Il était nécessaire de faire cette étude et d'approfondir quelque peu la notion de quasi-délit, car nous voyons maintenant que dans tous les cas le perdant a commis un quasi-délit en agissant en justice.

Il a causé au gagnant un dommage non intentionnel, notamment il a occasionné les dépens du procès. Il est juste qu'il l'indemnise, d'après l'art. 130, de cette faute involontaire.

Ainsi, l'action intentée par le perdant ou à laquelle il a résisté à tort est un quasi-délit, une faute non intentionnelle dans les cas ordinaires, alors que c'est un délit lorsqu'il y a vraiment intention de nuire. La dette des dépens constitue la réparation du quasi-délit. Celle du délit, on l'a vu, est toujours plus considérable et consiste en dommages-intérêts.

Dans tous les cas il y a donc réparation, mais une réparation plus ou moins importante suivant le degré de la faute, suivant qu'elle a été intentionnelle ou non intentionnelle.

M. Japiot écrit : « Le principe et les conséquences que la Jurisprudence en a déduites reposent sur cette idée que la condamnation aux dépens est la réparation du préjudice causé par l'attaque ou la résistance de la partie condamnée. Or, l'attaque ou la résistance peut être le fait *d'une initiative plus ou moins volontaire* caractérisée par les circonstances suivant les éléments divers propres à chaque cause » (1).

Comme nous l'avons dit, avec le quasi-délit à la base de l'article 130, nous ne sortons pas du domaine délictuel. En dé-

(1) JAPIOT, *Traité élémentaire de proc. civ.*, p. 383.

ERRATA

Lire :

Page 22 : *praedes sacramenti* pour *praedes sacramentum*.

Page 24 : *cognitio*, pour *cognito*.

Page 52 : *Code de procédure civile*, pour Code de procédure
civique.

Page 54 : *encore*, pour *encor*.

Page 59 : *effets*, pour *efforts*.

Page 105 : *obligation légale*, pour obligations légales.

Page 123 : *peine*, pour *pein*.

Page 148 : *prononcer*, pour *pronocner*.

veloppant précédemment la théorie qui met à la base de la condamnation aux dépens le délit, nous ne nous sommes heurtés qu'à une objection : celle qui consiste à dire que de la part du perdant il n'y a que dans des cas exceptionnels intention de causer le dommage. Cette objection nous l'écartons en reconnaissant que la plupart du temps le perdant n'agit pas avec cette intention nuisible et ne commet par conséquent qu'un quasi-délit. Avec ce principe, le caractère des dépens-réparation est parfaitement respecté, et le problème qui concerne l'intention chez le perdant est résolu.

Avant de terminer, nous indiquerons les conséquences pratiques de cette théorie quasi délictuelle.

En ce qui concerne la condamnation d'office, nous dirons que les tribunaux, pour prononcer la condamnation aux dépens doivent trouver formulées des conclusions à cette fin et qu'en principe, on a le droit de renoncer à la réparation du préjudice qu'on a subi. Il est juste de dire que celui qui ne réclame rien est censé renoncer à ses droits.

Ceci conduit à dire au sujet des voies de recours que le juge prononce les dépens sans être saisi par des conclusions il juge « *ultra petita* » ce qui donne lieu à l'appel si le jugement est en premier ressort et à la requête civile s'il est en dernier ressort d'après l'art. 480, 3°, du Code de procédure civile.

Au sujet de la solidarité, nous admettons que ceux qui ont causé par leur faute commune un dommage à autrui sont solidairement responsables à l'égard de la victime du préjudice. La faute a, en effet, un caractère indivisible et il est impossible de déterminer en fait la part de responsabilité qui incombe à chaque auteur de la faute.

Les perdants ont plaidé dans un intérêt commun soit comme demandeurs, soit comme défendeurs; ils doivent par le fait de leur succombance être condamnés solidairement aux dépens.

Quant à l'étendue nous avons déjà examiné indirectement la question en répondant à la seconde critique adressée au système délictuel. En prévenant l'objection qu'on pouvait nous faire de la réparation non intégrale du préjudice causé, nous avons admis qu'il y a là une réparation forfaitaire et préétablie que le juge admet comme base et peut faire varier selon le degré de la faute. C'est là un minimum fixé par la loi. C'est justement parce

qu'il n'y a que faute quasi-délictuelle que la réparation n'est pas aussi complète qu'en cas de faute délictuelle; on apprécie en quelque sorte l'acte que l'on juge moins sévèrement lorsqu'on ne peut y trouver une malice quelconque.

Nous terminons donc cette étude du fondement de la condamnation aux dépens en nous prononçant pour la théorie quasi-délictuelle. Par là nous nous rangeons aux côtés de MM. Bonfils et Beauchet; nous ne pouvons mieux résumer notre point de vue qu'en reprenant les quelques lignes suivantes de leur exposé : « La condamnation aux dépens n'est qu'une application du principe de l'art. 1382 du Code civil que chacun doit réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa négligence ou son imprudence. Or, la partie qui succombe, même si elle n'a pas manqué à la bonne foi, a été tout au moins imprudente en résistant aux exigences reconnues légitimes de son adversaire. Elle lui a causé un préjudice en le forçant à recourir aux voix judiciaires, il est donc tout naturel qu'elle l'indemnise des frais qu'il a faits » (1).

Imprudence ou négligence fautives : voici bien les éléments qui constituent le quasi-délit et sur lequel nous faisons reposer en définitive l'art. 130 du Code de procédure civile.

Certes, la majorité de la jurisprudence actuelle paraît voir dans la condamnation aux dépens une obligation légale; mais il ne faut pas oublier que pendant longtemps elle a justifié cette condamnation par l'idée de peine et que parfois elle a même invoqué l'obligation accessoire. Il est donc permis de penser que sa position n'est point définitive, et nous commençons à trouver dans quelques décisions récentes des solutions plutôt inspirées par l'idée de réparation.

(1) BONFILS et BEAUCHET, *Traité Élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, 3^e éd. 1901, n° 566.

Voir aussi : Civ. 22 juil. 1913 : D. P. 1917, I, 54 (note).

Req. 20 juil. 1920 : D. P. 1921, I, 35.

Civ. 24 juin 1931 : G. P. 1931, I, 466.

Civ. 30 janv. 1934 : D. H. 1934, p. 165.

G. P. 1934, I, 681.

CONCLUSION

Les dépens et les frais de procédure apparaissent comme une partie du jugement secondaire et accessoire. En réalité, elle a une très grande importance. La perspective d'une réparation qui s'imposera au perdant à la fin du litige constitue un frein à l'esprit de chicane ou au manque de réflexion.

En effet, si on peut l'envisager principalement sous l'angle pécuniaire, il est aussi permis de l'envisager au point de vue moral. C'est parce que le perdant a été détourné de ses prétentions, parce qu'il a eu une fausse conception de son droit, en un mot, parce qu'il a été dans son tort qu'il doit rembourser les dépens au gagnant.

L'élément psychologique et l'élément pécuniaire apparaissent ici quasi indissolubles.

C'est souvent pour éviter cette double contrainte que le plaideur qui voit ses revendications prêtes à sombrer pense qu'un « mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès ». C'est alors que la transaction intervient pour prévenir toutes les suites fâcheuses de la perte du procès.

Mais la règle de l'article 130 du Code de procédure civile, comme la majorité des règles juridiques, comporte des exceptions dont l'étude n'est pas comprise dans notre sujet.

Une de ces exceptions contenues dans l'article 131 du Code de procédure civile vise la compensation des dépens, c'est-à-dire leur répartition entre les parties. Cette compensation facultative pour le juge met en jeu son pouvoir discrétionnaire. C'est à lui d'apprécier, s'il y a lieu, de prononcer la compensation. Il peut aussi décider que les dépens seront mis à la charge d'une seule des parties, même de la partie gagnante. C'est ce qui se produit dans un grand nombre d'arrêts où nous lisons : « Si en principe les dépens doivent être supportés par la partie qui succombe, les tribunaux sont investis d'un pouvoir discrétionnaire qui les autorise à mettre ces dépens, même s'il triomphe, à la charge de celui

par le fait ou par les agissements duquel les frais ont été occasionnés (1).

La loi indique une série de cas reposant sur la parenté et l'alliance où la compensation peut s'exercer et la fin de l'article 131 du Code de procédure civile élargit encore son champ d'application en énonçant : « les juges pourront aussi compenser les dépens en tout ou partie, si les parties succombent respectivement sur quelque chefs ».

Cette compensation est un frein à la rigidité impérative de l'art. 130, mais elle n'est pas en contradiction avec lui. Comme nous l'avons signalé dans le cours de nos développements elle permet de mieux nuancer la réparation que constituent les dépens. S'il s'agissait d'une véritable peine celle-ci serait fixe dans tous les cas. Dès l'instant où les juges ont le pouvoir discrétionnaire de modifier la condamnation aux dépens dans certains cas qui ne supportent pas l'application du principe général, c'est qu'il s'agit bien d'une réparation (2), car nous ferons remarquer une fois de plus qu'une peine est toujours invariable. L'article 130 du Code de procédure dans la majorité des cas est une réparation forfaitaire, que le législateur s'est réservé le droit de faire varier dans les articles suivants. C'est une simple base de la condamnation aux dépens.

Nous arrivons ainsi à constater que l'exception de l'art. 131, loin d'être en désaccord avec le principe de l'article 130, tend plutôt à le confirmer.

Cette étude des dépens a été envisagée par nous, sous son aspect théorique. Nous n'avons pas touché à tout ce qui concerne les règles pratiques et notamment la liquidation, le recouvrement, la distraction des dépens. Mais nous n'avons pas voulu pour au-

(1) Cass. Req. 18 oct. 1933. G. P. 1933, 2, 943.

Cass. Req. 28 fév. 1934. G. P. 1934, I, 760.

Trib. de Cce le Havre, 7 juil. 1937. Rec. du Havre, 1938, I, 81.

Cass. Req. 11 juil. 1938. G. P. 1938, 2, 671 et D. H. 1938, p. 500.

Cass. Req. 30 nov. 1938. G. P. 1939, I, 147 et D. H. 1939, p. 35.

Cass. Req. 12 déc. 1938. D. H. 1939, p. 180.

Cr. Appel Caen, 9 janv. 1939. D. H. 1939, p. 219.

Cass. Req. 29 nov. 1939. D. H. 1939, p. 52.

Ch. Sociale. 21 nov. 1940. D. H. 1941, p. 29.

Ch. Requête, 14 oct. 1941. G. P. 1941 (2^e sem.), p. 476.

(2) BONFILS, *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, 1883, p. 496, n° 877.

tant négliger les arrêts de jurisprudence qui se rapportaient à notre sujet et que nous avons essayé d'analyser le plus judicieusement possible au cours de notre ouvrage.

Comme nous l'avons déjà exprimé, nous pensons que les nombreuses notions de droit civil qui ont dû être parallèlement envisagées ont rendu ces développements moins arides.

Nous pensons également que ceux-ci pourront aider quelque peu la pratique si complexe et si formaliste en cette matière.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	3
INTRODUCTION	13

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE DE LA CONDAMNATION AUX DEPENS..	19
CHAPITRE PREMIER. — <i>La condamnation aux dépens dans le droit romain</i>	
§ 1. — L'Ancien Droit Romain	21
§ 2. — L'Epoque classique « <i>Pœna temere litigantium</i> »	23
§ 3. — La procédure extraordinaire et l'époque de Justinien	33
CHAPITRE SECOND. — <i>L'histoire de la condamnation aux dépens dans l'Ancien Droit Français</i>	
§ 1. — Des auxiliaires et ministres de la justice	38
§ 2. — Des amendes et autres condamnations pécuniaires prononcées en matières de dépens de justice	41
§ 3. — La condamnation aux dépens selon les juridictions ecclésiastiques et dans les pays de Droit Ecrit	45
§ 4. — La condamnation aux dépens dans les pays coutumiers. — La pratique des juridictions laïques	46
§ 5. — Le dernier état de l'ancien droit et l'ordonnance de 1667	52

SECONDE PARTIE

RECHERCHE DU FONDEMENT DE LA CONDAMNATION AUX DEPENS	55
CHAPITRE PREMIER. — <i>La condamnation fondée sur le contrat et le quasi-contrat</i>	
	57

§ 1. — Les dépens et le contrat judiciaire	57
§ 2. — Les critiques adressées à ce fondement	61
§ 3. — La dette des dépens et le quasi-contrat judiciaire	64
§ 4. — Appréciation du système qui fonde les dépens sur le quasi-contrat-judiciaire	66
§ 5. — Conséquences pratiques du fondement contractuel ou quasi-contractuel de la condamnation aux dépens	70
CHAPITRE II. — <i>La condamnation aux dépens fondée sur l'idée des dépens accessoires de la dette principale....</i>	
§ 1. — Exposé de cette théorie	74
§ 2. — Appréciation de cette théorie	76
§ 3. — La solidarité des dépens, principale conséquence pratique de la théorie des dépens-accessoires	78
CHAPITRE III. — <i>La condamnation aux dépens fondée sur l'idée de risque</i>	
§ 1. — Exposé de la théorie	87
§ 2. — Les critiques adressées à ce système	93
CHAPITRE IV. — <i>La condamnation aux dépens fondée sur l'obligation légale et l'équité</i>	
§ 1. — Exposé de la théorie	96
§ 2. — Appréciation de la théorie de l'obligation légale appliquée à l'article 130 du code de procédure civile.	101
§ 3. — Les conséquences pratiques du système de l'obli- gation légale appliquée à la dette des dépens	105
CHAPITRE V. — <i>La condamnation aux dépens fondée sur la peine</i>	
§ 1. — Exposé de la théorie	115
§ 2. — Critique de la théorie de la peine appliquée aux dépens	123
§ 3. — Applications pratiques de ce système	129
CHAPITRE VI. — <i>La condamnation aux dépens fondée sur la faute délictuelle</i>	
	134

	Pages
§ 1. — Exposé de la théorie	134
§ 2. — La faute dans l'exercice du droit. — Le mauvais usage du droit par la partie succombante	139
§ 3. — La théorie des dépens dommages-intérêts de MM. Mazeaud	142
§ 4. — Appréciation du système des dépens fautes	146
§ 5. — La condamnation aux dépens fondée sur le quasi-délit	148
CONCLUSION	154

VU :

Aix, le 20 mai 1942.

Le Président de thèse,

H. CABRILLAC.

VU :

Aix, le 21 mai 1942.

Le Doyen,

B. RAYNAUD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Aix, le 21 mai 1942.

Le Recteur :

Pour le Recteur, le Doyen délégué,

B. RAYNAUD.

